ORGANIZADOR:

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

SISTEMAS POLÍTICOS

AUTORES:

ARUZA ALBUQUERQUE DE MACEDO
EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA
GABRIEL ARAÚJO MONTELES
HENRIQUE SMIDT SIMON
JAIME LEÔNIDAS MIRANDA ALVES
JORDANA DA SILVA SOARES
KAYO CÉSAR ARAÚJO DA SILVA
GABRIEL ARAÚJO MONTELES
KELDA SOFIA DA COSTA SANTOS CAIRES ROCHA
MAURÍCIO SULLIVAN BALHE GUEDES

Marcus Firmino Santiago (org.)

Sistemas Políticos

1ª edição

Autores:

Aruza Albuquerque de Macedo

Emerson Affonso da Costa Moura

Gabriel Araújo Monteles

Henrique Smidt Simon

Jaime Leônidas Miranda Alves

Jordana Da Silva Soares

Kayo César Araújo Da Silva

Gabriel Araújo Monteles

Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha

Maurício Sullivan Balhe Guedes

Brasília

IDP

2016

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Em sua 18ª edição anual, o Congresso Brasiliense de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, realizado no mês de novembro de 2015, teve por tema o debate de ‘Questões estruturantes do constitucionalismo brasileiro contemporâneo: pacto federativo, segurança pública, sistema político e Direitos Fundamentais’.

Pelo terceiro ano seguido, em paralelo ao ciclo de conferências com palestrantes nacionais e estrangeiros, reuniram-se Grupos de Trabalho, organizados pelo IDP em parceria com o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI.

Também nesta edição, repetindo o modelo de sucesso que se vem consolidando, os Grupos de Trabalho contaram com a participação de pesquisadores oriundos de todas as partes do país, que puderam se valer deste espaço de debates privilegiado para apresentar e discutir o resultado de seus estudos, em um rico intercâmbio de ideias.

A abrangência nacional desta atividade ficou evidente pela presença de professores e estudantes de diferentes níveis de formação vindos de São Paulo, Maranhão, Ceará e Minas Gerais que se juntaram a pesquisadores de Brasília para discutir assuntos afetos aos ‘Sistemas Políticos’, tema que conferiu a linha mestra em torno da qual se aglutinaram diferentes estudos.

Foram oito os artigos selecionados pelo sistema *blind review* para o GT ‘Sistemas Políticos’, percebendo-se em todos a preocupação em abordar, sob diferentes perspectivas, as principais questões do constitucionalismo e suas conexões com o campo das relações de poder. Sobre os sistemas eleitorais e a democracia, foi analisada a questão do impeachment e da possibilidade de se implementar o recall para cargos majoritários. Também foram objeto de estudos a relação entre Poderes, enfatizando o modelo presidencialista, e a conexão entre democracia e princípio majoritário, que mereceu preciosas considerações. Evidenciando a relevância dos direitos fundamentais para o debate de qualquer questão jurídica minimamente relevante, foram apresentados artigos sobre identidade e discriminação racial e sobre os riscos que estes vêm correndo face a expansão das políticas de segurança pública.

Os textos que compõem a coletânea consubstanciam discussões acerca de grandes questões teóricas, empíricas e de aplicação do Direito Constitucional brasileiro, em uma relação direta com os espaços e mecanismos de exercício do poder político, evidenciando as responsabilidades e dilemas vividos na busca pela efetivação dos direitos fundamentais e das promessas constitucionais.

O caráter inovador de todos os trabalhos – seja pela temática trazida, seja pela abordagem diferenciada proposta – permite afirmar o grande potencial de impacto que esta obra oferece para a área do Direito, o que é potencializado pela abrangência nacional do Congresso Brasiliense de Direito Constitucional e de seus Grupos de Trabalho, espaços de destaque no cenário acadêmico e que têm influenciado decisivamente na formação do pensamento jurídico crítico.

A obra aqui apresentada é fruto, portanto, de um trabalho coletivo que ilustra o compromisso do IDP com a pesquisa jurídica, a preocupação da instituição e de todos os seus membros em fortalecer o debate aberto, participativo e inclusivo acerca das mais relevantes questões que afetam o pensamento jurídico contemporâneo.

A troca de experiências ocorrida durante o GT representou um ganho incontável e mais um importante passo para definitiva consolidação do IDP como um espaço de produção de conhecimentos. Fundamental, portanto,

agradecer a todos os participantes pelas contribuições que tanto abrilhantaram este momento, tornando possível seu êxito.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago

Professor do Curso de Mestrado em Direito do IDP

Coordenador do GT Sistemas Políticos

RECALL COMO ALTERNATIVA À IMPOSSIBILIDADE DE IMPEACHMENT

Aruza Albuquerque de Macedo[1]

RESUMO

Na tentativa de assegurar resultado às queixas da população, tem-se protocolizado diversos pedidos de *impeachment* da Presidente da República. Ocorre que, na prática, não é fácil acusar e julgar o Chefe do Poder Executivo Federal por crime de responsabilidade, de modo que a utilização do instituto resta ineficiente. Sob esse contexto é que se defende a inserção no ordenamento constitucional brasileiro do *recall.* A discussão aqui proposta se restringe à análise da legitimidade do processo de *impeachment* no atual cenário político-jurídico brasileiro e da possibilidade de inclusão de novo instrumento de exercício do poder popular, a revogação de mandato eletivo. O estudo apresenta os fundamentos gerais sobre democracia. Por conseguinte, trata da democracia representativa, abordando a legitimidade do mandato político da Presidente da República, eleita pelo voto popular. Ainda, discorre sobre a revogação de mandato político pelos eleitores, instrumento extraordinário de fortalecimento da democracia participativa.

Palavras-chave: Crise de representatividade. *Impeachment.* Mandato político. *Recall.* Soberania popular.

ABSTRACT

In an attempt to assure result to people's complaints, has protocolized several requests for impeachment of the President of the Republic. It happens that, in practice, it is not easy to accuse and judge the Head of the Federal Executive Power of responsibility for crime, so that the use of the institute remains inefficient. In this context it is that it defends the insertion in the Brazilian constitutional order of the recall. The discussion here proposed is restricted to the analysis of the legitimacy of the impeachment process in the current Brazilian political-legal scenario and the possibility of inclusion of new instruments exercise of popular power, the revocation of the elective mandate. The study presents the general fundamentals of democracy. Therefore, comes of the representative democracy, addressing the legitimacy of the political mandate of the President of the Republic. Also, discusses about the revocation of political mandate by electors, extraordinary instrument of strengthening participatory democracy.

Keywords: Representacion Crisis. Impeachment. Political Mandate. Recall. Popular Sovereignty.

[1] Bacharel em Direito pela Faculdade 7 de Setembro; Pós-graduanda em Direito Tributário, também pela Faculdade 7 de Setembro e em Direito Constitucional pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC; Assessora Jurídica da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Ceará – aruzaalbuquerque@gmail.com

Diante do descontentamento acentuado dos eleitores com seus representantes e, em especial, com a Presidente da República, reeleita em 2014, com 54.501.118 votos, 51,64% dos votos válidos, mais e mais se comenta a possibilidade de *impeachment*.

Os protestos populares que ocupam as ruas, em sua maioria, refletem a insatisfação dos cidadãos com os casos de corrupção revelados e a forma como a política brasileira está sendo conduzida. Essas manifestações são próprias da democracia, cuja legitimidade está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 5º, inciso XVI[2].

Na tentativa de assegurar resultado prático às queixas da população, tem-se protocolizado diversos pedidos de *impeachment* da Presidente da República. As principais razões que justificam os requerimentos se baseiam no abuso do poder econômico, "pedaladas" nas contas públicas, utilização de dinheiro ilícito na campanha eleitoral de 2014, casos de corrupção e a crise de governabilidade.

Ocorre que, apesar do procedimento ser iniciado por qualquer cidadão, através de petição endereçada ao Presidente do Congresso Nacional, cumpre ao Poder Legislativo o seu processamento. Portanto, é plenamente possível que os interesses políticos se sobreponham à vontade popular.

Sob esse contexto é que se propõe a inserção no ordenamento constitucional brasileiro do *recall*, ferramenta a ser utilizada para o fortalecimento da participação popular em questões que afetam diretamente ao cidadão, vez que sendo ele detentor do poder, origem e fim desta supremacia, como defendia Abraham Lincoln[3], não pode ficar inerte diante do caos apresentado.

Desse modo, deve-se viabilizar o pleno exercício da cidadania em seus diversos aspectos, principalmente, na soberania popular, para que se alcance uma verdadeira mudança no contexto político do país.

O debate aqui proposto se restringe à análise da legitimidade do processo de *impeachment* no atual cenário político-jurídico brasileiro e da possibilidade de criação de novo instrumento de exercício do poder popular, a revogação de mandato eletivo, como alternativa ao aperfeiçoamento da

---

[2] Art. 5º (…)
XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

[3] Em sua célebre frase: O governo é do povo, pelo povo e para o povo.

democracia participativa no Brasil.

Destarte, justifica-se a escolha do tema pela sua atualidade e proximidade com questões de interesse de toda a sociedade, pois traz o cidadão para o centro das discussões importantes acerca da condução do Estado. De modo que é importante conscientizar e fortalecer o povo acerca dos seus direitos e permitir que ele tenha os meios necessários para realizar uma transformação profunda no cenário político vivenciado.

O estudo será desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, sendo utilizadas obras pertinentes ao assunto proposto, além da pesquisa *online*. Haverá seleção e estudo de bibliografias, dedicando-se leitura às obras relacionadas à discussão levantada pelo trabalho científico, em especial, as doutrinas que se dedicam ao estudo constitucional da democracia e do *impeachment*. O material bibliográfico utilizado para as pesquisas será coletado junto às obras adquiridas em caráter particular, bem como aos textos dispostos na rede mundial de computadores – *Internet*.

1. DEMOCRACIA

Surgida na Grécia do século IV a. C., a democracia teve como fundamento basilar a exaltação do respeito à igualdade, à liberdade e à justiça. Ainda que em moldes diferentes aos atualmente utilizados, a democracia ateniense preservava a liberdade da manifestação popular e buscava, de alguma forma, a igualdade entre os cidadãos livres[4] ao permitir que essa minoria privilegiada participasse da eleição dos seus governantes, além de poderem ser eleitos para o exercício da função pública (GOYARD-FABRE, 2003).

Segundo Giovanni Sartori (2003, p. 218):

> Para los griegos, democracia era aquel sistema de gobierno em el que lãs decisiones son colectivas. Por lo tanto, la Idea clásica de democracia permite que la comunidad no dejé ningún margen de independencia y no conceda ninguna esfera de proteción al indivíduo.

Nas palavras de Jânio Nunes Vidal (2009, p. 63):

> [...] cumpre ressaltar que a conhecida democracia da Grécia antiga ocorreu em uma sociedade profundamente dividida, em um contexto que significava, necessariamente, a exclusão

[4] Conforme descreve Simone Goyard-Fabre, "só eram elevados em consideração os 'cidadãos', o que excluía não só os escravos, que excediam em número os homens livres, mas também as mulheres, consideradas inferiores, e os metecos, que eram estrangeiros domiciliados em Atenas".

> participativa da maioria do povo – os escravos -, de maneira que o Estado-cidade pudesse promover um certo equilíbrio político que assegurasse a ordem dos proprietários fundiários e a manutenção do modelo escravocrata. Assim, não seria de todo incorreto afirmar-se que não houve na Grécia antiga uma verdadeira democracia. Somente no contexto de uma sociedade cindida em classes, na qual se excluía a base social escrava, seria possível traçar esta pretendida identidade entre governantes e governados.

Desde aquela época se pretende criar uma ordem institucional amparada nas decisões populares, onde a atuação estatal decorre da aceitação e da própria vontade do povo. Para Bonavides (2008, p. 36), "*as derradeiras instâncias decisórias hão de permanecer ali sempre vinculadas à emancipação direta da vontade popular*".

Discorrendo sobre o tema, Tocqueville (2001, p. 266) afirma que:

> A democracia favorece o crescimento dos recursos internos do Estado; difunde o bem-estar, desenvolve o espírito público; fortalece o respeito à lei nas diferentes classes da sociedade. Todas essas coisas têm apenas uma influência indireta sobre a posição de um povo diante de outro. Mas a democracia só dificilmente poderia coordenar os detalhes de uma grande empresa, decidir-se por uma meta e persegui-la obstinadamente através dos obstáculos.

Antes de o modelo ser implantado na Grécia, outros regimes de governo foram estabelecidos, tais como: a aristocracia, forma de governo regida pela realeza, restrita aos palácios, sendo os súditos excluídos das decisões políticas. A oligarquia em que basicamente os cargos públicos eram ocupados entre a nobreza e os abastados. Implantou-se também a monarquia onde o governo era exercido por um só soberano, o monarca.

Ultrapassada esta fase, surge o regime democrático, no qual a escolha dos governantes era realizada através de sorteio entre o povo. Neste regime, as decisões políticas passaram a ser tomadas nas *ágoras* (praças), onde o povo se reunia para deliberar acerca dos assuntos que interessavam à sociedade, praticando a chamada democracia direta. As decisões eram públicas e transparentes, sendo respeitada a vontade popular, não se submetendo o povo às amarras de um governo arbitrário. A sistemática possibilitava, ainda, uma maior rotatividade no exercício da função pública, pois os governantes eram eleitos e destituídos rapidamente, no período de um ano, impossibilitando o surgimento dos problemas advindos da permanência duradoura dos governantes no poder.

Atualmente, o modelo é resultado da constante mudança pela qual se submete, bem como das diversas adaptações que sofre nas diferentes sociedades em que é praticado. Tal constatação foi absolvida pelo autor Norberto Bobbio (2000, p. 09), quando aduz que *"a democracia converteu-se*

nestes anos no denominador comum de todas as questões politicamente relevantes, teóricas e práticas".

No Brasil, após um longo período de governo ditatorial, emergiu um intenso movimento popular conhecido como Diretas-Já, que reivindicava o retorno da democracia e a escolha do presidente através do voto direto. Entretanto, apesar da forte campanha, a eleição presidencial fora realizada de forma indireta e, em 15 de março de 1985, o país empossou o seu primeiro presidente civil após o Regime Militar, José Sarney que assumiu a cadeira após a morte de Tancredo Neves.

A Constituição Federal de 1988 é o símbolo da redemocratização brasileira. O texto constitucional, ainda hoje em vigor, é eminentemente democrático, traduzindo o momento histórico vivido à época, refletindo os anseios da sociedade e buscando um modelo ideal de Estado. Tanto é que, expressamente, no *caput*, do artigo 1º, há a previsão de que o país constitui um Estado Democrático de Direito e em seu parágrafo único resta estabelecida a soberania popular no exercício deste poder, *in verbis*:

> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

José Afonso da Silva (2006, p. 46) destaca:

> […] o regime político adotado pela Constituição de 1988 funda-se no princípio democrático. (...) como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos (art. 3º, II e IV) (…). Trata-se, assim, de um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (parágrafo único do art. 1º).

O Estado Democrático de Direito previsto na CF/88 preconiza a supremacia popular, determinando que o poder decorre do povo que poderá exercê-lo indiretamente, por meio de seus representantes, ou diretamente. Ocorre que para ser assegurada ao cidadão a participação efetiva nas decisões políticas que interessem à coletividade, seja na escolha dos seus representantes ou na solução de assuntos que envolvem toda a sociedade, é imprescindível que o povo, detentor do poder supremo, possa realizar suas

escolhas com liberdade e igualdade de direitos.

Acerca do assunto, Gilmar Mendes *et al* (2008, p. 149) pontuam:

> [...] considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

A supremacia da vontade popular é fundamento para o exercício pleno da democracia. Desta forma, o cidadão é responsável pelas escolhas políticas e decisões a serem tomadas quando elege os governantes para representá-los. De modo que a qualidade dos eleitos e de todo o sistema político depende das escolhas realizadas.

No intuito de tornar possível o fortalecimento da democracia é que se busca a criação de meios que permitam à consulta popular, ou seja, a participação efetiva da população. Norteando-se assim, ante a impossibilidade de decisões unânimes, pelo princípio majoritário. A vontade da maioria se faz soberana, é esse o indicador político e real da democracia.

Contudo, cumpre destacar que a efetiva realização de um governo democrático exige o respeito às minorias, ou seja, possibilite que todos os cidadãos atuem e tenham sua vontade respeitada no processo de escolha das decisões.

2. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

O exercício do poder popular ocorre de três formas: direta, semidireta ou indiretamente. A democracia representativa ou indireta, segundo José Afonso da Silva (2006, p. 136),

> […] é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.

É esse o método que transforma a vontade de um universo de representados em um seleto grupo de representantes eleitos através do voto. Aqui, os representantes são instrumentos de viabilização das manifestações de vontade do povo, este sim detentor da soberania popular.

O voto, ainda que possua seus vícios, apresenta-se como ferramenta imprescindível à participação ativa do povo, pois demonstra o respeito à igualdade e à liberdade de escolha do eleitor, vez que todos tem direito ao voto secreto e, portanto, podem exercê-lo de maneira mais livre e

pessoal. Outra questão relevante, é que os cidadãos independentemente da classe social ou grau de instrução tem o mesmo valor nas urnas, cada um corresponde a um voto.

É importante frisar também que, mesmo o povo não se sentindo, na maioria das vezes, bem representado com as escolhas realizadas, a deficiência, *a priori*, não se encontra apenas no mecanismo utilizado, mas sim no sistema como um todo. Até mesmo porque, ainda hoje, é através do voto que o eleitor pode selecionar melhor o seu representante, transferir para os diversos cargos públicos os mais bem preparados, dentre aqueles que se submeteram à eleição.

3. LEGITIMIDADE DO MANDATO POLÍTICO DA PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Na democracia representativa, o eleitor concede um mandato ao eleito para atuar na condição de seu representante, devendo, em tese, sua atuação expressar a vontade popular.

> O corpo eleitoral, de si mesmo já restrito pelo sufrágio limitado, não delega nenhum poder, não funciona como mandante, não possui nenhuma vontade soberana. Atua como mero instrumento de designação, visto que mandante é a nação, soberana a vontade nacional, da qual o representante se faz intérprete, sem nenhum laço de sujeição ao eleitor. (BONAVIDES, 2011, p. 279).

Nas últimas eleições presidenciáveis no Brasil, em 2014, a chapa composta por Dilma Rousseff e Michel Temer recebeu 54.501.118 votos (51,64% dos votos válidos), enquanto a integrada por Aécio Neves e Aloysio Nunes Ferreira obteve 51.041.155 votos (48,36% dos votos válidos). Portanto, a Presidente Dilma Rousseff obteve maioria absoluta dos votos válidos e foi reconduzida ao posto de Chefe da Nação, conforme proclamação do resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Desse modo, no que se refere à legitimidade do mandato titularizado por Dilma Rousseff – tendo por premissa o disposto na Constituição Federal de 1988, em especial, o previsto em seu artigo 14, que anuncia a soberania popular como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a qual será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos – compreende-se por sua conformidade, eis que fruto, como se refere o parâmetro constitucional citado, da vontade popular.

Sob essa ótica, defende-se que não há se falar em impedimento da

Presidente, uma vez que ela foi eleita pelo voto popular, e a tentativa de destitui-la seria mera articulação golpista.

Importa destacar, ainda, que essa legitimidade deve ser aferida dentro de um contexto eleitoral regular, o que, até o momento, se presume. Isso ocorre em razão da necessidade cogente de presar-se pela estabilização das relações/forças sociais, em especial, as que integram o ambiente político.

A baixa popularidade do Governo Federal, as medidas antipáticas de ajuste fiscal e a perda de representatividade no Congresso Nacional são insuficientes para resultar no afastamento e saída da Presidente.

Ora, como se sabe, ao ser eleito e tomar posse, o representante não está vinculado à vontade do seu eleitor, por não ser este um mandato imperativo. Portanto, a *quebra de confiança* e a adoção de medidas contrárias à vontade da população, a rigor, também não descredibilizam a legitimidade do mandato político conferido à Presidente da República.

No entanto, atente-se que, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, tramita Ação de Impugnação de Mandato Eletivo nº 771 que, segundo consta, visa exatamente a cassação do mandato de toda a coligação a qual integrava a senhora Presidente. Esse procedimento pode excluir a presunção de legitimidade que paira sobre o mandato em apreço, uma vez que, em sendo comprovado o abuso do poder econômico apontado, ter-se-ia por fraudada a soberania popular.

4. IMPEACHMENT

Em busca de solução para a atual crise política e sendo a Presidente da República considerada a personagem principal para o caos instalado, comenta-se a possibilidade da sua saída seja através do processo cassação, renúncia ou *impeachment*, pois são esses os instrumentos existentes em nosso ordenamento jurídico-político que permitem a perda do cargo.

No que diz respeito ao *impeachment*, objeto do presente estudo, o instituto é próprio do direito ocidental e surgiu na Inglaterra como processo criminal. Nos Estados Unidos, perdeu essa natureza, tornando-se um procedimento estritamente político. Esses países lhe marcaram o desenvolvimento, gerando dois tipos históricos de *impeachment*: o criminal e o político.

No Brasil, sua gênese se deu na Constituição de 1824, admitido um processo penal – que não é propriamente *impeachment* – contra os Ministros

de Estado, responsabilizando-os “por traição, por peita, suborno, ou concussão, por abuso do Poder, pela falta de observância da Lei, pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos, por qualquer dissipação dos bens públicos” (artigo 133).

O fundamento jurídico que permite, na Constituição Federal de 1988, a formulação do pedido de destituição do Presidente da República se encontra inserto nos artigos 85 e 86, segundo o qual pressupõe a prática de crime comum ou de responsabilidade pelo Chefe do Poder Executivo Federal durante o cumprimento do mandato.

A Lei Federal nº 1.079/50 define os crimes de responsabilidade de que trata o texto constitucional e regula o respectivo processo de julgamento.

Segundo o seu regramento, depois de deduzida a denúncia, que poderá ser feita por qualquer cidadão (artigo 14, Lei nº 1.079/50), é realizada uma análise prévia para averiguação do pedido, observado, especialmente, o acervo probatório acostado.

Nos termos do artigo 19, será formada comissão especial por representantes de todos os partidos políticos para emitir parecer sobre a causa, cuja deliberação ou não ficará a cargo da Câmara dos Deputados. Após realizados os expedientes previstos no texto legal, tem-se que “*se da aprovação do parecer resultar a procedência da denúncia, considerar-se-á decretada a acusação pela Câmara dos Deputados”* (artigo 23, § 1º). O § 5º, do dispositivo prevê os efeitos imediatos à decretação da acusação, quais sejam: *a suspensão do exercício das funções e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final*.

Tratando-se a acusação de crime de responsabilidade, o pedido seguirá para o Senado Federal que, por sua vez, é o órgão competente para a análise de seu mérito, a teor do artigo 52, CF/88, sendo o seu julgamento realizado em sessão presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal que, após a leitura do *relatório resumido da denúncia e das provas da acusação e da defesa, submeterá o caso à votação nominal dos senadores* (artigo 31).

Em caso de absolvição serão produzidos, desde logo, os efeitos a favor de acusado (artigo 32). Se houver condenação, por 2/3 dos votos, o artigo 33, da Lei nº 1.079/50 disciplina que:

> Artigo 33. No caso de condenação o Senado por iniciativa do presidente fixará o prazo de inabilitação do condenado para o exercício de qualquer função pública; e no caso de haver crime comum deliberará ainda sobre se o Presidente o deverá submeter à justiça ordinária, independentemente da ação de

qualquer interessado.

A sentença condenatória será formalizada através da expedição de Resolução do Senado Federal, o seu resultado acarretará na destituição do cargo, com a inabilitação, por 08 anos, para exercício de funções públicas, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis, a teor do disposto no artigo 52, parágrafo único, CF/88.

De fato, não se pode negar que o *impeachment* é instrumento de responsabilização do gestor ímprobo e da moralidade na Administração Pública, balizado pelos preceitos constitucionais. Contudo, na prática, não é fácil acusar e julgar um Presidente da República por crime de responsabilidade, de modo que a utilização do instituto resta ineficiente.

No cenário atual, deflagrar um processo dessa natureza, pelas circunstâncias apontadas, não se mostra cabível, pois, para que se desencadeie o *impeachment*, é necessário motivação, é preciso que se suspeite efetivamente da prática de um crime ou de uma conduta inadequada para o cargo, o que até o momento não se constatou.

Destarte, diante da atual crise de representatividade, a credibilidade dos cidadãos em relação às instituições públicas e aos políticos que lhes representam está cada vez mais fragilizada, o que compromete o sistema democrático de representação, em razão disso, é que se defende a efetivação e ampliação dos mecanismos de participação popular direta, com a consulta/provocação ao/do povo a respeito de questões que lhe atinjam diretamente.

A queda de legitimidade dos órgãos legislativos e executivos se faz patente, profunda e irreparável nos moldes vigentes. Urge introduzir, pois, o mais cedo possível, a nova legitimidade, cuja base recomposta é, novamente, a cidadania, mas a cidadania redimida, sem os percalços que lhe inibem a ação soberana, sem a perversão representativa, sem o falseamento da vontade, sem as imperfeições conducentes às infidelidades do mandato aos abusos da representação. (BONAVIDES, 2008, p. 18).

> A democracia participativa, sendo, a um tempo, resposta e solução, se levanta a esta altura no horizonte político da república sobre os destroços do regime representativo, regime minado por cerca de cinco mil emendas provisórias que já lhe determinaram o fim da legitimidade e a ruína de suas instituições. (BONAVIDES, 2008, p. 287).

A inserção no sistema jurídico-político brasileiro da revogação popular de mandato político é uma alternativa eficaz aos desmandos e abusos de poder quando praticados pelos representantes eleitos que, tão logo,

esquecem de cumprir sua função constitucional. Pois assim, os cidadãos de forma organizada poderiam se utilizar desse instrumento sempre que houvesse risco à sua soberania.

5. SOBERANIA POPULAR E O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A democracia participativa é a forma de exercício de poder onde a sociedade civil organizada participa de maneira mais autônoma das questões políticas relevantes, utilizando-se, para tanto, de dispositivos de discussão e escolha, onde se exerce um controle de todo o processo político.

> A democracia participativa é direito constitucional progressivo e vanguardeiro. É direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-las às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos. (BONAVIDES, 2008, p. 33).

Nesse modelo, a atuação do eleitor é mais efetiva, haja vista não se utilizar terceiros para alcançar os seus anseios e traduzir a sua vontade. A prática já era adotada na Grécia antiga onde o povo se reunia em assembleias nas *ágoras* para discutir e decidir acerca das matérias de seu interesse.

Contudo, é importante que se diga,

> [...] a democracia direta não quer dizer o povo todos os dias, todas as horas, todas as ocasiões, pessoalmente se reunindo ou sendo consultado para fazer leis, baixar decretos, expedir regulamentos, nomear, demitir, administrar ou exercitar toda aquela massa de poderes e funções sem as quais a máquina do poder e do governo fica paralisada ou atravancada. (BONAVIDES, 2002, p. 29).

Ainda que se utilizem os mecanismos de democracia direta, mantem-se, em conjunto, a representatividade no sistema político, onde os representantes são escolhidos também para tomar decisões políticas. Nesse passo, os eleitos atuam de modo auxiliar e subsidiário à decisão popular.

É bem verdade que não basta a criação de um sistema democrático, sem que sejam utilizados mecanismos dotados de utilidade e que permitam à concretização do princípio democrático-participativo, pois a mera inclusão desses instrumentos nos textos legais não assegura o sucesso da medida. A defesa de uma democracia participativa plena fortalece a cidadania, a efetivação das garantias fundamentais e a vontade popular.

> A alienação política da vontade popular faz-se apenas parcialmente. A soberania está com povo, e o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertence por igual ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública. Determinadas instituições, como o

> *referedum*, a iniciativa, o veto e o direito de revogação, fazem efetiva a intervenção do povo, garantem-lhe um poder de decisão de última instância, supremo, definitivo, incontrastável. (BONAVIDES, 2011, p. 296).

Em tempo, pratica-se a democracia participativa, ainda que de forma bastante excepcional, através dos instrumentos previstos na Constituição Federal, artigo 14, quais sejam: voto, plebiscito, referendo e a lei de iniciativa popular.

Embora haja previsão constitucional destes mecanismos, é válido considerar a sua ineficiência como meio para que o cidadão possa participar de forma mais efetiva das discussões que lhe interessa, onde não pode ser afastado do conhecimento popular decisões importantíssimas que alteram de forma significativa à sociedade, de modo a abolir a ideia democrática de que o poder emana do povo.

Portanto, é indispensável o fortalecimento dos institutos já existentes e a implantação de novas ferramentas para exercer a soberania popular nos termos previstos na Constituição.

6. DIREITO DE REVOGAÇÃO DE MANDATO

A ideia de aplicação do *recall* tem se fortalecido no Brasil, especialmente, após uma numerosa parcela da população se encontrar insatisfeita com os governantes eleitos e a forma de condução das suas gestões, o que resta por caracterizar um *déficit* de legitimidade na política do país.

A destituição de mandato representativo *“se constitui na revogação do mandato. É a retirada do poder de alguém que tenha sido eleito para uma função pública”* (ZVIRBLIS, 2006). Dessa forma, entende-se que a implantação do instituto da revogação é basilar aos objetivos pretendidos pelo Estado Democrático de Direito. Portanto, é urgente a necessidade de sua inclusão em nosso ordenamento jurídico.

O mestre Paulo Bonavides (2011, p. 311) conceitua a revogação de mandato da seguinte maneira: *É a forma de revogação individual. Capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando*.

Cuida-se de instrumento onde certo número de cidadãos/eleitores requer, através de petição assinada, ao governante (destituído de confiança) sua substituição/demissão no exercício do seu mandato. Para a ocupação do cargo é realizada uma nova votação para escolha de um substituto, podendo, a

mesma pessoa objeto daquele pedido concorrer. Aqui, percebe-se que impera a participação popular e a vontade da maioria.

O instituto difere do *impeachment* em razão não ser exigida acusação criminal ou comprovação de má conduta. É preciso apenas a perda da confiança do representante por seus representados. Na hipótese, haveria uma substituição de mandatos e mandatários, permitida a escolha daqueles que melhor representam os interesses da sociedade.

É importante registrar que a utilização do instituto ocorre em caráter extraordinário, devendo o cumprimento de mandato ser a regra geral.

Diversamente das outras formas de perda de mandato eletivo, quem decide sobre a destituição é o eleitor e não uma casa legislativa ou órgão judicial. Da mesma forma que a sua iniciativa parte do cidadão e não de um agente ou órgão público.

A democracia participativa na América do Sul se encontra em estágio inicial de desenvolvimento, ainda que diversos países possuam a revogação de mandato político como exercício do poder popular. A sua utilização mais efetiva está em países como a Suíça e Estados Unidos da América.

Na Suíça, a consulta popular é praticada como um dever do cidadão, *“a participação não é somente um direito dos cidadãos do cantão, como um dever cívico, cujo descumprimento enseja condenação em multa pecuniária”*. (DUARTE NETO, 2005, p. 57).

Nos Estados Unidos, o mecanismo é utilizado por diversos estados, como por exemplo, na Califórnia. Ali,

> [...] o instituto do *recall*, com a redação atual dada pela aprovação da Proposição n. 09, de novembro de 1974, é estabelecido pela Constituição Estadual (Art. II, Sections 13-20) e no Código Eleitoral californianos, que prevêem o início do processo através de representação firmada por um mínimo de 65 eleitores, seguindo-se de petição apoiada por 12% dos eleitores que tenham votado na última eleição, distribuído em pelo menos 1%dos eleitores em cada condado, colhidas num limite de 160 dias após a entrega da representação; no *recall* para os legisladores estaduais o número aumenta para 20% do corpo eleitoral; de forma peculiar, ao mesmo tempo em que se decide a destituição do governante ou parlamentar, os eleitores escolhem seus eventuais substitutos, de forma simultânea, desde que ao final da primeira metade do mandato. (Cordeiro, 2005).

O instituto é previsto na legislação de províncias da Argentina, nas Filipinas, Venezuela, Equador, na província canadense da Colúmbia Britânica, dentre outras. Na Constituição Bolivariana da Venezuela, o artigo 72, sob o título de referendo revocatório, dispõe acerca da destituição de todos os cargos eletivos.

A Constituição de Weimar, de 1919, no artigo 71 tratava da destituição do Presidente. A extinta União Soviética previu no artigo 142 da sua Constituição a possibilidade de revogação de mandato a qualquer momento (BONAVIDES, 2011, p. 314).

No Brasil, algumas constituições estaduais já inseriram nos seus textos a revogação do mandato popular, como a de Goiás, São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. As Constituições de São Paulo, em 1892, e do Rio Grande do Sul, no ano de 1897, regulamentaram o instituto. Contudo, não houve a sua efetiva aplicação.

O direito de revogação pode ser também utilizado para destituição coletiva de mandatos, no caso, tem-se o *abberufungsrecht*, expressão suíço-alemã. Nessa situação,

> […] [é] requerida a dissolução, por determinada parcela do corpo eleitoral, a assembleia só terá findo seu mandato após votação da qual resulte patente pela participação de apreciável percentagem constitucional de eleitores que o corpo legislativo decaiu realmente da confiança popular. (BONAVIDES, 2011, p. 316).

A implementação do *recall* no texto constitucional brasileiro depende da aprovação de emenda à Constituição Federal. No entanto, de acordo com a pesquisa realizada no sítio eletrônico do Senado Federal e Câmara dos Deputados, o debate acerca do assunto no Congresso Nacional é tímido, o instituto foi/é objeto de apenas seis PECs (80/2003 – Senado Federal; 82/2003 – Senado Federal; 73/2005 – Senado Federal; 477/2010 – Câmara dos Deputados; 08/2015 – Senado Federal; e 21/2015 – Senado Federal), das quais, apenas a PEC nº 08/2015, de autoria do senador Reguffe (PDT-DF) e a PEC nº 21/2015, de iniciativa do senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE) se encontram em tramitação, conjuntamente.

A proposta apresentada por Antônio Carlos Valadares ratifica os termos da PEC nº 80/2003, também de sua autoria, que se encontra arquivada, em razão do final da legislatura.

Pois bem. A PEC prevê a revogação de mandato individual, quando determinado número de cidadãos está capacitado a destituir um representante do cargo para o qual foi eleito, por não atender às expectativas dos depositários do poder. Há também a possibilidade de revogação coletiva. No caso, a perda do mandato se daria de todo o colegiado legislativo.

Da leitura da justificação da iniciativa, vê-se que não houve o seu detalhamento, tampouco a previsão das regras a serem observadas.

O senador Reguffe (PDT-DF) apresentou Proposta de Emenda à

Constituição (nº 08/2015), na qual pretende acrescentar ao artigo 14-A do texto constitucional a possibilidade de revogação de mandato político de todos os representantes eleitos que não honrarem as propostas e os compromissos registrados e assumidos durante a campanha eleitoral. No projeto, qualquer eleitor poderá ajuizar, perante a Justiça Eleitoral, ação de revogabilidade de mandato, cujo julgamento terá de acontecer em 90 dias.

Por óbvio, a inserção do instituto no ordenamento brasileiro necessita de um aprofundamento das questões estruturais que lhe cercam, até mesmo para não ameaçar a estabilidade institucional existente, como sua natureza, a forma de realização da consulta, percentual de eleitores participantes, prazos, custos, segurança do procedimento e etc., elementos que deverão ser objeto de análise e regulamentação legal, a fim de que se garanta a sua eficiência e, por consequência, o fortalecimento do processo democrático.

CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a problemática da aplicação do *impeachment* no atual cenário político brasileiro, haja vista o instituto pressupor a prática de crime comum ou de responsabilidade, e, portanto, não pode ser utilizado como alternativa imediata para superar a crise política existente.

Na forma que foi desenvolvido, o trabalho pretendeu defender a inserção no ordenamento constitucional brasileiro do instituto de revogação de mandato como ferramenta de controle popular e cidadania.

Dessa forma, é necessário que se escute as vozes das ruas, que se permita a participação do povo nos temas de seus interesses, realize a reforma política pretendida, insira o cidadão no centro das discussões e das decisões importantes, que ocorram as mudanças necessárias à efetivação da soberania popular consagrada no texto constitucional.

A participação popular de forma mais atuante na vida política do país constitui condição fundamental à consolidação do sistema democrático. Hoje, o que se busca é que a multidão que tem direito de escolha, decida bem, defenda os seus interesses, coíba a promoção de representantes antiéticos, imorais ou corruptos, que acabam por prejudicar toda a população.

Ora, se a eleição dos representantes do povo significa a escolha daqueles que o elegeram, é preciso que existam meios para reversão daquilo que fora decidido anteriormente. O direito de revogação é uma das possibilidades decorrentes do sufrágio universal. Onde o eleitor pode eleger o

seu representante e, de outro modo, em caso de insatisfação com o eleito, destitui-lo, sem ter que aguardar uma nova eleição.

REEFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. **O Futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
________________. **Os poderes desarmados:** à margem da ciência política, do direito constitucional e da história. São Paulo: Malheiros, 2002.
________________. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: DF, Senado, 1988.

CORDEIRO, Vinicius. O controle dos mandatos populares pelo Legislativo no Direito brasileiro. O instituto do “recall” e dos referendos revogatórios. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 784, 26 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7200>. Acesso em: 20 set. 2015.

DUARTE NETO, José. **Iniciativa popular na Constituição Federal.** São Paulo: RT, 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Lei 1.079 de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm> Acesso em:

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Proposta de Emenda à Constituição nº 21/2015. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=170653&tp=1> Acesso em: 25 set. 2015.

Proposta de Emenda à Constituição nº 05/2015. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119627> Acesso em: 25 set. 2015.

Proposta de Emenda à Constituição nº 352/2013. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600023 Acesso em: 25 set. 2015.

Proposta de Emenda à Constituição nº 80/2003. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=41619&tp=1> Acesso em: 25 set. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São

Paulo: Malheiros, 2006.
___________________. **Comentário contextual à constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
___________________. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
___________________. **O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa.** *In:* Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema Representativo y Democracia Semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 2003.

ZVIRBLIS, Alberto Antonio. **Democracia participativa e opinião pública**: cidadania e desobediência civil. São Paulo: RCS, 2006.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS EM RESPEITO AO PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

CONSTITUTION JURISDICTION, FUNDAMENTAL RIGHTS AND DEMOCRATIC PRINCIPLE: STANDARDS FOR ACTION OF JUDICIAL POWER IN PROMOTION OF CONSTITUCIONAL **VALUES IN RESPECT OF MAJORITY PRINCIPLE**

Emerson Affonso da Costa Moura[5]

RESUMO: Os limites da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais diante do princípio democrático é o tema posto em debate. Analisa-se na tensão entre constitucionalismo e democracia, em que medida é possível delimitar um campo de atuação da corte constitucional capaz de garantir a promoção dos bens e valores constitucionais, bem como, ser pressuposto ao processo democrático, sem que importe em violação ao princípio majoritário e o espaço legítimo de atuação dos demais poderes públicos. Para tanto, no primeiro capítulo, correlaciona-se a jurisdição constitucional e o dever de promoção dos direitos fundamentais, de maneira a delimitar a função contramajoritária exercida pela corte constitucional na proteção dos direitos das minorias. Após verifica-se a forma de atuação ativista do Poder Judiciário na garantia dos direitos do homem de forma a extrair os seus limites diante do princípio democrático. Por fim, propõe-se a utilização de *standards* capazes de permitir a promoção dos direitos fundamentais e garantir os pressupostos necessários a deliberação democrática, sem que importe em ocupação dos espaços decisórios políticos.

PALAVRAS-CHAVES: Jurisdição Constitucional; Direitos Fundamentais; Princípio Democrático; Ativismo Judicial; Parâmetros.

ABSTRACT: The limits of constitutional jurisdiction in the concretion of

[5] Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Líder de Pesquisa certificado pelo CNPQ no Grupo de Pesquisa de Teorias Constitucionais Contemporâneas na Universidade Federal Fluminense (GPTCC/UFF). e-mail de contato: emerson.moura@ufjf.edu.br

fundamental rights on the democratic principle is the theme put into discussion. It analyzes in the tension between constitutionalism and democracy, what extent it is possible to define a constitutional court playing field can ensure the promotion of constitutional goods and values, as well as be assuming the democratic process, without regard to breaching the principle majority and the legitimate field of action of other public authorities. For this goal, in the first chapter, it correlates the constitutional jurisdiction and the duty to promote fundamental rights, in order to delimit the against majority function performed by the constitutional court in the protection of minority rights. After there is a form of activist role of the judiciary in ensuring human rights in order to extract its limits on the democratic principle. Finally, it is proposed the use of standards that would permit the promotion of fundamental rights and ensure the conditions necessary for democratic deliberation, without regard to occupation in the political decision-making spaces.

KEYWORDS: Constitutional jurisdiction; Fundamental rights; Democratic principle; Judicial activism; Parameters.

1 INTRODUÇÃO

Com o fim da ditadura militar, a ascensão do Estado Democrático de Direito no Brasil é marcado pela consagração na Constituição Federal de 1988 de um amplo sistema de proteção dos direitos do homem com epicentro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e no catálogo aberto de direitos fundamentais, bem como, de expansão da jurisdição constitucional, com reforço dos legitimados e mecanismos de deflagração.

A adoção de um texto constitucional analítico, com a inclusão de diversas matérias na lei fundamental e, portanto, a sua subtração da política ordinária, a previsão da cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional na apreciação de lesão ou ameaça de Direito, aliada ao crescente déficit de representação das instâncias democráticas, conduziram ao reforço da atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

Na última quadra histórica, as principais questões políticas e sociais relevantes, inclusive, relativas a promoção dos direitos fundamentais, que encontram como legítimo espaço de deliberação pública, o âmbito da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa, foram objeto de judicialização tendo sido decididas em última instância pela corte constitucional.

Embora o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, em um Estado com baixos índices de desenvolvimento humano e social, represente uma força motriz para a concretização dos direitos fundamentais e assim ao próprio processo democrático, em um Estado Democrático de Direito há limites

normativos e políticos, a serem observados no exercício da jurisdição constitucional.

Os limites textuais e substanciais da norma constitucional[6], a existência de excessos[7] ou exercício de preferências políticas[8] nas decisões políticas, bem como, a fuga do exercício da cidadania do poder político do âmbito das searas democráticas, são questões que tornam necessária a delimitação de contornos à atuação do Poder Judiciário na promoção dos Direitos Fundamentais.

Na tensão entre *constitucionalismo* e *democracia*, busca o presente trabalho delimitar parâmetros para o exercício da jurisdição constitucional na promoção dos direitos fundamentais, de forma a garantir a proteção e promoção dos referidos direitos do homem, mas em respeito ao princípio democrático e como garantia dos pressupostos necessários para o processo democrático[9].

Pretende-se delimitar um campo de atuação da corte constitucional capaz de garantir a promoção dos das referidas normas constitucionais, permitindo a concretização dos direitos fundamentais enquanto essenciais a uma vida digna e pressupostos ao próprio processo democrático, sem que importe em violação ao princípio majoritário e o espaço legítimo de atuação dos demais poderes públicos.

Para tanto, no primeiro capítulo, analisa-se o papel da jurisdição constitucional à luz da Constituição Federal de 1988 e o modelo teórico vigente, de maneira a extrair, o dever de promoção dos direitos fundamentais e,

---

[6] É importante, todavia, considerarmos os limites das normas constitucionais, evitando à falsa concepção de que apenas com o Direito será possível alcançar a superação da pobreza, desigualdade e falta de democracia. A ficção de que a norma pode tudo, podem conduzir a um direito constitucional desprendido da vida real. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa. ano 31. n. 122. Brasília: Senado Federal, p. 260 maio-jul. 1994.

[7] Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais como Viagras, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, próteses, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o Tema, vide: HOFFMAN, Florian F.; Bentes, Fernando R. N. M. *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*. In: Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira (orgs.). *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 391-400.

[8] Sobre os riscos de uma judiocracia com decisões judiciais que operam em um sistema de abertura das normas constitucionais e permitem o uso de preferências políticas e valorativas do juiz em detrimento das opções fundamentais da sociedade trazido pelo constituinte, vide: SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009. p. 133

[9] Neste tocante, o controle judicial sobre os atos dos demais poderes advindos da deliberação da maioria se mostra instrumento eficaz para garantir que os direitos fundamentais que são pré-requisitos de legitimidade da atuação desses poderes não sejam violados. Um arranjo onde há legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos membros da corte pelo Executivo é um modelo eficiente para reduzir a injustiça política a longo prazo. Sobre o tema: DWORKIN, Ronald. *Juízes políticos e democracia*. Jornal O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

portanto, a função contramajoritária exercida pela corte constitucional na proteção dos direitos das minorias em face do princípio majoritário.

Após verifica-se a forma de atuação o Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, de forma a delimitar junto ao papel de autocontenção e deferência as instâncias políticas, o papel criativo de interpretação da norma constitucional, apontando, todavia, os seus limites diante do princípio majoritário, sob pena de subtração do espaço legítimo de atuação ou não das instâncias democráticas.

Por fim, propõe-se a utilização de *standards* capazes de auxiliar no debate, para que a atuação da jurisdição constitucional garanta a proteção e promoção dos direitos fundamentais e os pressupostos necessários a deliberação democrática, sem que importe em ocupação dos espaços decisórios políticos, auxiliando no equilíbrio entre os poderes no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, utiliza-se por metodologia a crítica dialética com apoio na doutrina pátria e estrangeira através dos principais expoentes do Direito Constitucional com primazia dos autores nacionais, utilizando-se quando necessária, a análise de alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal com fins de ilustração da operatividade do debate acadêmico no âmbito da referida corte.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL CONTRA MAJORITÁRIO

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário reservando sua tutela a seara do Poder Judiciário[10].

Isto porque, com a expansão da jurisdição constitucional garante-se a proteção da lei fundamental com a preservação de sua hierarquia formal e axiológica perante as normas infraconstitucionais, bem como, atos dos demais poderes, mediante atuação das cortes constitucionais, determinado o respeito

---

[10] Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais.* 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34.

e proteção aos direitos fundamentais[11].

Essa ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos poderes públicos e o crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, permitiu um processo de juridicização da política, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas e limita o poder à conformação as escolhas fundamentais da sociedade[12].

O Poder Judiciário passa a assumir um novo papel, não apenas de proteção dos direitos fundamentais contra ações do Estado, mas de promoção dos direitos individuais, coletivos e difusos, com a exigência de prestações dos poderes públicos que aliado ao acréscimo da demanda social por justiça, resulta na *judicialização das questões políticas e sociais e ascensão político-institucional* do Poder Judiciário[13].

Isto porque, aliada à expansão do controle de constitucionalidade, a ampla incorporação de matérias pela Constituição e a crescente demanda da sociedade por justiça, fazem com que as questões políticas e sociais sejam reconduzidas da esfera política à jurídica, pois com a cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o papel de guarda da Constituição, o conhecimento da demanda pelo Poder Judiciário é inevitável.

Por outro lado, a recuperação das liberdades democráticas após a ditadura e das garantias da magistratura, aliada a crise de legitimidade dos poderes públicos, faz com que o Poder Judiciário exerça o papel de controle jurídico das decisões política buscando adequá-las às opções fundamentais da sociedade na Constituição, o que importa em um protagonismo judicial[14].

Aliado fenômeno, tem-se a reelaboração da interpretação constitucional com o redimensionamento da norma jurídica como veiculadora

---

[11] No Brasil amplia-se o objeto e escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 inciso I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103 §2º) com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 “q”), da previsão da argüição de descumprimento de preceito fundamental (artigo102 §1º) dentre outros.

[12] Como ilustrações têm-se os tema conduzidos ao Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos: os limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos. Voltaremos ao assunto no tópico seguinte.

[13] Corresponde a chamada onipotência judicial, decorrente da compreensão que sendo a Constituição uma norma jurídica presente em todo tipo de conflito, em razão do seu denso conteúdo material, a grande maioria das questões da vida social e política se submetem ao controle pelo Poder Judiciário. SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial* in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismos.* Ob. cit. p. 122.

[14] O Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009. p. 3.

apenas dos elementos iniciais para a solução do problema, a assunção dos fatos enquanto instrumento de delimitação dos resultados possíveis e o intérprete sendo um dos sujeitos que participa no processo de criação do Direito[15].

Enseja a definição de métodos interpretativos mais flexíveis e compatíveis com as hipóteses onde há a incidência multidimensional de normas jurídicas e complexidade dos fatos em questão, permitindo mediante concessões recíprocas a preservação dos bens e interesses em jogo e a definição do direito precedente em caso, sempre reconduzindo ao sistema jurídico e a concordância prática[16].

Reforça-se, portanto, com a Constituição Federal de 1988 e a reformulação da interpretação judicial, o papel contramajoritário da corte constitucional, de ordenação e conformação da realidade político-social vigente à concretização dos bens e interesses fundamentais eleitos pela sociedade em sua lei fundamental, dentre os quais, a proteção e promoção dos direitos do homem.

O Estado Democrático de Direito não se esgota no princípio democrático e governo da maioria, mas abrange outros princípios e valores, além, do respeito a pluralidade e as minorias, cabendo ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais.[17]

Isto não significa que a atuação contramajoritária da corte constitucional seja ilimitada na promoção dos valores e bens tutelados pela Constituição, mas que atua com restrições, como a necessária proteção ao processo democrático e a estabilidade institucional na resolução dos conflitos entre os poderes públicos e os cidadãos.

Portanto, os juízes atuam como protagonistas da transformação social, tutelando os princípios democráticos, mas, também, protegendo os bens e interesses fundamentais da sociedade, de violações advindas de processos

---

[15] Altera-se o papel do Poder Judiciário que passa a ter a competência ampla para invalidar atos legislativos e administrativos considerados como inconstitucionais e interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição, com o preenchimento das antinomias e lacunas. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalimo(s)… Ob. cit. p. 18.

[16] O emprego da técnica legislativa de *conceitos jurídicos indeterminados* dotados de maior plasticidade e textura aberta e o reconhecimento de normatividade dos *princípios* com menor densidade jurídica inviabilizam que o intérprete extraia das normas em abstrato os elementos necessários a sua aplicação, sujeitando-se às suas valorações e escolha entre as soluções possíveis, mediante a ponderação entre os bens envolvidos e argumentação como elemento de controle da racionalidade da decisão proferida. Sobre o tema: REIS, Jane. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Em especial capítulo III.

[17] Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* cit., p. 382-91.

majoritários de deliberação[18], buscando na tensão entre constitucionalismo e democracia, a justa medida que permita a realização da democracia e a proteção dos direitos fundamentais.

Por efeito, na última quadra histórica o Supremo Tribunal Federal tem no controle de constitucionalidade, exercido um papel de evidência no controle dos atos dos demais poderes com fins de garantia de proteção das normas constitucionais, em especial, no que se refere ao respeito e a concretização dos direitos fundamentais.

O tema será tratado a seguir.

3. O ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Como visto, a judicialização das questões políticas e sociais decorre do desenho institucional vigente – que apoiado na ampla constitucionalização-inclusão de matérias infraconstitucionais, a adoção do sistema de jurisdição una e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – que conduze ao Poder Judiciário, as principais controvérsias da sociedade.

Todavia, no âmbito da jurisdição constitucional, esse exercício do controle das questões políticas e sociais que caberiam precipuamente a deliberação política dos demais Poderes Estatais, pode importar na adoção pela Corte Constitucional de uma postura *autocontida* - de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos – ou *ativista* – de proteção das normas constitucionais criada pelo poder constituinte.

Neste sentido, corresponde ao ativismo judicial, portanto, a atuação intensa e ativa exercida pelo Poder Judiciário no controle dos atos emanados dos demais Poderes Públicos, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelos preceitos constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição e de suas normas[19].

Sua origem é apontada como no início do século XX com as decisões

---

[18] Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25-32.

[19] O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista Fortune, todavia, não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo - para definir como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes - e outros um critério qualitativo - de forma minimalista ou maximalista - na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho. Sobre o tema vide: DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade* in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011. p. 460-464

da Suprema Corte dos Estados Unidos[20] e na década de 1950 do Tribunal Constitucional Alemão e Italiano[21] com a tutela dos direitos fundamentais, se notabilizando no Brasil nos últimos anos com decisões sobre importantes questões políticas e sociais pelo Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial envolve a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional, diante de omissão ou violação por disciplina normativa pelo legislador ou ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais.

É o que ocorreu no julgamento da ADPF 32, onde o Supremo Tribunal Federal, apesar da inexistência de regra constitucional explícita acerca das uniões homoafetivas, determinou o reconhecimento e a equiparação com as uniões estáveis tradicionais, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na proteção dos direitos fundamentais.[22]

Abrange a invalidação de atos normativos emanados do Poder Legislativo ou Administrativo de constitucionalidade discutível, ou seja, com adoção de critérios menos rígidos do que aqueles onde inexiste patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais.

É o verificado no caso da ADIN 3685 onde Emenda Constitucional 52 que disciplinava coligações eleitorais impondo sua aplicação imediata, violava a anterioridade anual da lei eleitoral, que embora não fosse cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal reconheceu tal status com fins de garantir a

---

[20] Inicialmente o ativismo judicial foi utilizado de forma conservadora permitindo a legitimidade para a segregação racial (Dred Scott vs. Sanford em 1857) e invalidação e leis sociais (Lockner v. New York em 1905), porém, no período de 1953 e 1969 sob a presidência de Earl Warren oram tomadas as decisões progressistas em matéria de direitos fundamentais, como em relação a segregação racial nas escolas públicas (Brown vs. Board of Education em 1954), a incriminação do uso de pílulas anticoncepcionais (Griswold vs. Connecticut em 1965) entre outras. Sobre o tema vide: BARROSO, Luís Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos* in: *Temas de direito constitucional.* t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 144 e seguintes.

[21] Na Alemanha, o Tribunal Constitucional fixou que a lei fundamental não era ordem neutra de valores, mas que consagrava uma ordem objetiva instrumental à garantia dos direitos fundamentais (BVerfGE7, 198 (205). Porém, assim como na Itália, tentou suavizar os impactos políticos da sua decisão, como, por exemplo, advertindo sobre as suas omissões para a sua correção ou advertindo sobre uma revogação em caso de não atuação legislativa retificadora. Sobre o tema, vide: VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Jiruá, 2009. p. 28

[22] Neste caso das uniões homoafetivas (ADPF 132) inexiste regra constitucional expressa que tutele as relações ou prescreva a aplicação do regime de união estável, bem como, não há vedação da norma do artigo 226 §3º, uma vez que esta ao tratar de homem e mulher buscou a superação da desigualdade na relação de casamento e não impedir a aplicação do regime às uniões homoafetivas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal com fundamento na dignidade da pessoa humana aplicou o regime das uniões estáveis a essa nova modalidade de família. Sobre o tema, vide: BARROSO, Luís Roberto. *O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Revista do Ministério Público do RJ. p. 155 e ss. n. 27.

preservação e eficáciada referida norma constitucional.[23]

Por fim, compreende a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público capazes de impedir violação ou garantir a concretização de direitos e fins constitucionais, em especial, mediante o controle judicial sobre os programas de políticas públicas de forma a assegurar o acesso a prestações a bens e serviços essenciais.

É o que foi decidido na ADPF 45/DF onde o Presidente da República vetou norma da lei de diretrizes orçamentárias que garantia recursos mínimos para ações e serviços públicos de saúde e o Supremo Tribunal Federal entendeu que embora haja espaço de conformação legislativa e discricionariedade administrativa elas não podem ser utilizadas para neutralizar a eficácia dos direitos sociais.[24]

No Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

A redução da deliberação política ao processo eletivo[25], a histórica e perniciosa influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor[26] e a

---

[23] Neste caso da verticalização (ADIn 3685) o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de Março de 2006 alterava o artigo 17 §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional dando a norma do artigo 16 o status de cláusula pétrea embora não se enquadre ao rol de cláusulas elencadas na Constituição. Sobre este tema consulte-se: GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011. p. 25-27.

[24] O Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF se manifestou, no sentido, que não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre o tema, em seus limites e possibilidades, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. D*o Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC .volume 77. dez 2011.

[25] Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública. BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação* in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008. p. 82-84.

[26] Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo *patrimonialista* marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

captação dos agentes políticos por grupos de interesse[27], conduz a um distanciamento entre representante e representando promovendo estreitamento do debate político que se transfere para os órgãos judiciários.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social onde há um desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização política nas eleições, tornam o Poder Judiciário uma instância decisória política de questões polêmicas[28].

O processo de hipertrofia legislativa com a explosão de legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como, a atecnicidade da produção legislativa com a criação de conceitos jurídicos indeterminados desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e litigiosidade, bem como, o potencial criativo e margem de discricionariedade do Judiciário[29].

As omissões legislativas na regulamentação de preceitos impostas pela Constituição que impede o exercício dos direitos pelos representados, aliado a instituição de mecanismo próprio de controle de constitucionalidade pela via concentrada e a utilização de ação constitucional na via incidental, impõe a intervenção judicial na decisão política.

Por efeito, neste cenário de crise das instâncias democráticas, a rigor, o papel ativo do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, na realização dos valores e fins constitucionais não viola o princípio da separação dos poderes, mas é capaz de contribuir com o processo democrático ao garantir os seus pressupostos materiais, pela concretização dos direitos fundamentais.

Isso exerce, demasiada importância, no que tange aos direitos fundamentais onde há um dever de proteção e promoção pelos poderes

---

[27] A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores, por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor é uma das formas de captura, mas não único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional.* São Paulo: EDUSP, 2007. p. 110.

[28] O ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes de Estado. Em casos que são politicamente custosos com temas profundamente custosos sem perspectiva de consenso na sociedade, como as uniões homoafetivas, ditadura militar e aborto, as instâncias democráticos abrem espaço para atuação ativista repassando os custos políticos para os tribunais que não passam pelo crivo do voto popular após suas decisões. VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional:A judicialização da política e o ativismo judicial.* In: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009. p. 44-45.

[29] A hipertrofia do direito legislado e a produção de leis vagas reforçam e alimentam a possibilidade do direito judicial transferindo para o Poder Judiciário a decisão sobre conflitos que caberiam ser dirimidos no âmbito político. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 87.

públicos, com o oferecimento das prestações necessárias à sua fruição e na sua ausência impõe a tutela pelo Poder Judiciário com o respectivo controle dos atos, porém, não é exercido de forma ilimitada.

O Poder Judiciário não pode atuar a título de proteção dos direitos fundamentais como *poder constituinte permanente*, moldando a Constituição de acordo com as suas preferências políticas, sem a devida legitimidade e responsabilidade política em evidente violação ao princípio majoritário e ao processo democrático.[30]

Há princípio sensíveis à democracia, a saber, questões notadamente políticas que se sujeitam a vontade da maioria e, portanto, estão a rigor fora da ingerência do Poder Judiciário, mas também, há princípios insensíveis ao princípio majoritário, questões relativas a própria proteção da pessoa humana, que se sujeitam ao controle judicial[31].

Na tensão entre *constitucionalismo* e *democracia*, entre o papel de *ativismo* da corte constitucional na proteção e promoção dos direitos fundamentais e valores constitucionais e na *autocontenção* do Poder Judiciário em deferência as deliberações políticas majoritárias deve-se buscar parâmetros que permitam a atuação legítima deste poder público.

O tema será tratado a seguir.

4 PARÂMETROS PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Como visto, o Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos básicos do cidadão[32] – e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria[33] - e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo democrático.

---

[30] Sarmento, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais. In: ______; Souza Neto, Cláudio Pereira de (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[31] Dworkin, Ronald. Ob. cit., p. 129 e 224.

[32] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 47.

[33] Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular. BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 320.

De um lado, portanto, cabe a Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático, mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política, inclusive, com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático[34].

Porém, por outro, abrange preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.[35]

Assim, se cabe aos poderes constituídos o processo de concretização das normas constitucionais através da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa, por outro, os direitos fundamentais, fruto do poder constituinte originário não se sujeitam a um espaço ilimitado de decisão do governo democrático na sua proteção, promoção e restrição.

Neste sentido, a lei fundamental, portanto, veicula consensos mínimos para proteção dos indivíduos e funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas por maiorias políticas ocasionais, inclusive, mediante o controle de deliberações políticas que o violem[36].

Na nossa ordem jurídica, onde há um sistema de Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, as tensões são resolvidas pelo exercício da jurisdição constitucional[37] que tutela a *soberania popular* com a

---

[34] A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º caput), garantiu o pluralismo político (Art. 1º inciso V), a inserção como cláusula pétrea a tendente abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (art. 60 §4º) dentre outros. No viés procedimentalista vide: ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.* São Paulo: Martins Fontes, 2011 e HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[35] Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém, compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. 2 ed.* Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. P. 382-91.

[36] A Constituição deve proteger e as cortes judiciais implementar os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade. No viés substancialista vide: RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Martins, 2008. e DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010.

[37] Cabe a todo órgão que possua o *status* de realizar a jurisdição constitucional, zelar pela aplicação das normas constitucionais, inclusive, se for necessário contra a vontade da maioria. HARBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de uma jurisdicción constitucional autônoma* in: HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicional constitucional*.

preservação das condições procedimentais do exercício democrático e os *direitos fundamentais* pela proteção à manifestação da vontade da maioria[38].

De tal sorte, cabe ao Poder Judiciário garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais mediante o controle dos atos dos demais poderes públicos que violem ou não os concretize, sem que isto, necessariamente resulte em violação do princípio democrático, mas, inclusive, exteriorize a proteção dos pressupostos básicos da democracia.

Isto porque, nas democracias contemporâneas o processo democrático deve abranger a deliberação pública que ocorre em um contexto de livre circulação de idéias e de informações, isto ocorre mediante o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitem à igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas[39].

Assim, a construção de um modelo cooperativo no contexto democrático compreende a concretização de direitos fundamentais capazes de garantir a liberdade de agir e o acesso igualitário de todos na participação do processo de formação da vontade coletiva, de forma a atribuir a legitimidade e correição ao próprio processo democrático.

Envolve, portanto, a realização de um núcleo essencial dos direitos fundamentais a ser concretizado pelo Poder Judiciário, que seja capaz de preservar não apenas as condições mínimas para uma existência humana digna, mas de garantir também os pressupostos materiais necessários para uma efetiva participação democrática.

Assim, não se restringe ao mínimo existencial, que envolve as condições fundamentais para uma vida com dignidade[40][41], mas envolve

---

México: Porrúa, 2005. p. 166.

[38] De forma que a vontade da maioria momentânea - do poder governante – não se sobreponha sobre a vontade da maioria permanente – do poder constituinte originária. VITAL, Moreira. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional* in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179.

[39] Para que a deliberação ocorra em efetivo, deve existir um contexto aberto, livre e igualitário, onde todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito e da garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos da verdadeira democracia. Assim, quando uma corte constitucional garante os direitos fundamentais contra a vontade da maioria não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática* in: SARMENTO, Daniel (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79-80.

[40] Neste sentido, Ana Paula de Barcellos, ao se referir ao mínimo existencial considera a distinção entre um núcleo essencial que deve ser reconhecida eficácia jurídica positiva e para além deste núcleo onde se desenvolvem outras modalidades de eficácia jurídica na preservação do espaço da política e das deliberações majoritárias. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

[41] É o que ocorre, por exemplo, com a educação fundamental e a medicina preventiva e de

pressupostos essenciais para o funcionamento adequado do próprio sistema jurídico-democrático que constituem matriz irredutível, indisponível e insuscetível de restrição pelos poderes públicos e controlados pela jurisdição.

Isto importa, na adjudicação pelo Poder Judiciário das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e a igualdade, permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública[42] e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático[43].

Cabe, portanto, a Jurisdição Constitucional garantir as prestações necessárias a concretização dos direitos fundamentais como forma de proteção da supremacia axiológica da Constituição e de seus preceitos, bem como, o próprio princípio democrático pela garantia das condições mínimas em que irá ocorrer a deliberação política.

Porém, lembre-se que a delimitação dos direitos fundamentais, com o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos embora sujeitos a intenso desacordo, podem ser definido a rigor[44] no âmbito da democracia majoritária, porém, sem importar na supremacia da concepção da maioria desrespeitando o direito de autodeterminação da minoria democrática.

Em um contexto democrático, marcado pela *liberdade* e *igualdade* dos indivíduos, cabe às maiorias legislativas respeitar os direitos fundamentais, através da garantia da preservação da *autonomia do indivíduo*, para desenvolver suas capacidades *morais* - de ter sua concepção de bem e de justiça – e as faculdades de *razão* – de juízo e de pensamento[45].

Por efeito, veda-se que no exercício da conformação legislativa com a regulação dos preceitos constitucionais sejam realizadas *escolhas morais*, que

---

urgência que correspondendo respectivamente ao núcleo essencial do direito à educação e saúde, poderiam ser exigidas pelos indivíduos que precisem perante o Poder Judiciário sem restrições. Já o ensino superior e o médio e a medicina curativa exorbitariam este conteúdo, razão pelo qual, dependeriam da progressiva realização pelos poderes públicos. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54, 130, 255 e 267.

[42] Como ilustração, no que tange ao direito de educação, não envolve apenas as prestações referentes à educação fundamental, pois o ingresso nos níveis mais avançados de ensino depende da capacidade de cada um e envolve a necessária igualdade de condição, ou seja, o acesso ao Ensino Médio, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida (faculdade) e seja capaz de participar da deliberação política de forma igualitária com os demais.

[43] A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições e se vejam motivados a cooperar no processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso a alimentação adequada ou a saúde curativa, bem como, um grupo hipossuficiente sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

[44] Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece como Dworkin que não há apenas uma resposta possível para as questões envolvendo direitos. Sobre o tema, vide: DWORKIN, Ronald. *Levando...* Op. Cit. Cap. 13.

[45] RAWLS, John. Op. cit. p. 277 e p. 365-380

inviabilizem a existência da pluralidade de concepções morais dos indivíduos, dentro do consenso mínimo veiculado pela Constituição garantindo o contexto pluralístico da sociedade e a inserção de todos no processo democrático[46].

Da mesma forma, não significa que as questões sobre direitos devam sejam decididas por um Poder Judiciário, uma vez que resposta alcançada não será adequada, por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos, bem como, não será a mais correta, em razão do desacordo moral existente no seio da comunidade[47].

CONCLUSÃO

Com o processo de redemocratização e a promulgação da Carta Magna de 1988 firma-se os pilares de um constitucionalismo compromissado no campo social com a proteção e promoção dos direitos fundamentais e no espaço político com o respeito e desenvolvimento do princípio democrático, de maneira a concretizar um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, reforçou a Constituição Federal o papel do Poder Judiciário, através da ampliação das ações constitucionais, a previsão de garantias dos seus membros e a consagração da cláusula de inafastabilidade da tutela jurisdicional e constitucionalização-inclusão com a fuga da deliberação ordinária de questões sociais e políticas, na proteção dos bens e valores sociais fundamentais.

No exercício, portanto, da função contramajoritária de promoção dos direitos fundamentais e majoritária de proteção dos direitos das maiorias, caberá ao Poder Judiciário se mover entre a postura *autocontida* de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos ou *ativista* de proteção das normas constitucionais criada pelo poder constituinte.

Sob tal giro, a promoção dos direitos fundamentais demanda prestações positivas e negativas pelo poder público, ao qual diante das omissões e ações do poderes públicos, importará na atuação contramajoritária da corte constitucional, adequando a conformação legislativa ou discricionariedade administrativa ao respeito à hierarquia formal e axiológica dos preceitos constitucionais.

---

[46] Como por exemplo, se no crime de injúria qualificado se protege as minorias sujeitas à preconceito (Art. 140 §3º), a falta de inclusão da opção sexual no tipo penal denota a exclusão de uma escolha moral – outras formas de sexualidade – pela sua não tutela, em favor da imposição de outra.

[47] Como, por exemplo, no julgamento da interrupção da gestação de feto anencéfalo quando a Corte decidiu fixar o momento que começa a vida, impondo uma escolha moral, sobre as variadas existentes na matéria, tanto do ponto de vista jurídico, filosófico, científico e religioso.

Todavia, reconhecer a atuação do Poder Judiciário de Guardião da Constituição e, portanto, de proteção dos direitos fundamentais contra as deliberações majoritárias e omissões inconstitucionais, não significa reconhecer que a corte constitucional atuará no espaço legítimo de decisão política dos demais poderes.

Por esta razão, propõe-se que na proteção dos direitos fundamentais, cabe a corte constitucional impor aos poderes constituídos o respeito a tais direitos subjetivos, porém, sem determinar uma concepção moral diante do pluralismo de concepções na sociedade, a saber, permitindo que as minorias tenham o direito de verem respeitadas as suas concepções morais no processo democrático.

No que se refere, à promoção dos direitos fundamentais, significa determinar a garantia da adjudicação dos bens e prestações necessárias com limites à realização de uma existência digna e necessárias à um contexto livre, informado e aberto de deliberação pública em um contexto de democracia material, porém, sem delimitar o conteúdo das políticas públicas.

É inevitável observar que em alguns julgamentos, o Supremo Tribunal Federal acaba com fins de proteção dos direitos fundamentais, em especial, nas questões onde há desacordo moral, escolhendo uma opção moral sob as outras, como no julgamento da interrupção da gestação do feto anencéfalo quando fixou o momento de início da vida, embora nem a ciência, filosofia ou moral tenham consenso.

Verifica-se, ainda, que em outras oportunidades o Supremo Tribunal Federal têm a título de *promoção* dos direitos fundamentais, se imiscuindo no planejamento ou execução de políticas públicas, impondo escolhas, como no âmbito do controle difuso oferecendo tratamentos médicos no exterior ou medicamentos importados, decisões no âmbito da discricionariedade administrativa e conformação legislativa.

Tais decisões denotam a importância de fixar limites ao exercício da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais: *nem tanto ao mar*, deixando a concretização dos preceitos constitucionais de forma livre aos poderes constituídos, mas também *nem tanto a terra*, fixando o conteúdo ou abrangência das regulamentações e medidas adotadas na sua realização.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales.* In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais.* Campinas: Russell, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_______________. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação* in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos in: Temas de direito constitucional.* t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_______________. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_______________. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.* Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009.

_______________. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: saraiva, 2006.

_______________. *Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio no Direito Constitucional no Brasil* in: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_______________. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_______________. *O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil.* Revista do Ministério Público do RJ. n. 27.

BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo:

Malheiros, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000,

CARBONELL, Miguel. *Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo* in: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s).* 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade* in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Juízes políticos e democracia*. Jornal O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

_______________. *Levando os Direitos a Sério*. Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.* São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantias: La ley del mais débil.* 1 ed. Madrid: Trotta, 1999.

_______________. *Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalimo(s). 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011.

GARAPON, Antonie. *O Juiz e a Democracia: O Guardião de Promessas*. Rio de Janeiro: Renavam, 1999.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de uma jurisdicción constitucional autônoma* in: HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicional constitucional.* México: Porrúa, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

HOFFMAN, Florian F.; Bentes, Fernando R. N. M. *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica.* In: Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira (orgs.). *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa. ano 31. n. 122. Brasília: Senado Federal, maio-jul. 1994.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.

MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007.

MORAIS, Blanco de. *Justiça constitucional.* t. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC .volume 77. dez 2011.

PALU, Oswaldo Luiz*. Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

RAWLS, John*. Uma Teoria de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Martins, 2008.

REIS, Jane*. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial* in CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s*). 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. rev atual

e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: Daniel Sarmento (Org*.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática* in: SARMENTO, Daniel (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. *Direitos sociais*. Brasília: Senado Federal, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Jiruá, 2009.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional:A judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009.

VITAL, Moreira. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional* in: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE RACIAL: ASPECTOS SOCIOCULTURAIS

Gabriel Araújo Monteles

1 Introdução

O processo civilizatório que gestou o território e o povo brasileiros é caracterizado, primordialmente, pelo entrechoque gradativamente ocorrido entre os invasores portugueses, índios e negros africanos: estes últimos, em sua maioria, aliciados em detrimento do desenvolvimento do trabalho escravo.

Em consonância com o supracitado aspecto, deve-se considerar o caráter evolutivo, por assim dizer, das relações entre os povos primitivos, sobretudo indígenas encontrados em território brasileiro, com os europeus, estruturadas como formas de estabelecer a fundação de novas bases sociais.

Desse modo, as disparidades raciais, etnicamente matriciais e culturais formariam um povo novo cuja diferenciação ocorreria, principalmente, pela mestiçagem a ele inerente e, ainda, por fatores como o advento de traços culturais peculiares e de um singular modelo de organização e estruturação socioeconômica.

Neste contexto, constata-se a gradual estruturação de identidades raciais, sobretudo no que tange à matriz étnica africana, composta por indivíduos de “raça” negra. Deve-se pontuar, ainda, que a construção de uma identidade racial caracteriza-se, sobretudo, por um gradual processo de caráter social, econômico e político.

Assim, convém frisar que a noção de identidade consiste num ideal identitário entre o indivíduo e a sociedade em que se insere, possibilitando ao afro-brasileiro a apreensão valorativa de suas origens e, com elas, seus peculiares hábitos e culturas, dentro de determinado cenário.

Diante disso, abordar-se-ão bases socioeconômicas fundadas na servidão e no escravismo, características societárias expressamente verificadas no cenário colonial brasileiro, que desprezaram e interromperam com veemência o processo de desenvolvimento de uma identidade racial

própria dos africanos, e que certamente contribuíram para que, ainda na atualidade, se verifique comportamentos indicadores da "supremacia" de matrizes étnicas europeias em relação às de origem africana, cuja identidade fora perdida a partir do advento do tráfico negreiro de escravos, que tornara os africanos meros objetos pertencentes aos colonizadores europeus.

A partir dos supracitados aspectos, este artigo pretende mostrar como as matrizes étnicas essencialmente brasileiras, aglutinadas a traços europeus, e sua evolução, individual e conjuntamente aos indivíduos de origem africana, contribuíram, de forma sistemática e secular, com a subjugação de povos autodenominados "superiores" em detrimento de indivíduos que seriam, historicamente, inferiorizados, deixando como negativa herança sociocultural o preconceito racial, que figura como um "mal latente" da sociedade, manifestando-se a cada relação interpessoal que tente reafirmar a inferioridade de afro-brasileiros e afrodescendentes em relação a indivíduos de descendência europeia, através de uma verdadeira violência psicológica e, em alguns casos, física.

Em consonância com a inferiorização do indivíduo de origem africana, mostrar-se-á sob quais aspectos o ordenamento jurídico pode, nos dias atuais, contribuir como atenuante de manifestações discriminatórias ocorridas, rebuscando suscintamente o supracitado ordenamento no sentido de abordar seu caráter "efetivador" do racismo na historiografia brasileira, aliando a sobredita perspectiva ao pensamento arendtiano, em que pese a condição humana em relação ao questionamento acerca de uma condição de dignidade humana ao indivíduo, que converge com a respeitabilidade à sua qualidade de ser humano, aspecto que independe do fator racial para que deva ser inerente a toda e qualquer pessoa.

2 O cenário colonial e as raízes da discriminação

Após ser descoberto por europeus, o território brasileiro passaria por um longo processo de colonização, que envolveria, sobretudo, interesses marcadamente econômicos. Neste contexto, e considerando a ideologia europeia de subjugação de povos indígenas, estes últimos acabariam recrutados como mão-de-obra servil, sendo posteriormente, dadas as sucessivas "revoltas" ocorridas dos silvícolas contra os colonizadores, substituídos pelo advento do tráfico negreiro ultramarino.

Convém observar que, para promover com efetividade a colonização territorial pretendida, os portugueses, além de desprezar as crenças e costumes dos povos nativos e, posteriormente, dos indivíduos provenientes do

tráfico ultramarino, estabeleceriam verdadeiros núcleos coloniais que, por sua vez, ofereceriam as condições materiais que lhes garantissem o retorno econômico pretendido, investimento esse alinhado a traços culturais peculiares, tais como “um minúsculo estrato social de letrados que, através do domínio do saber erudito e técnico europeu de então, orienta as atividades mais complexas e opera como centro difusor de conhecimentos, crenças e valores” (RIBEIRO, 1995, p.76).

Desse modo, é importante frisar que, embora fossem observáveis traços socioculturais advindos de escravos negros e indígenas, as inovações europeias relegariam os nativos à condição de antagonistas nesse cenário inicial brasileiro, tendo em vista que os europeus foram agentes diretos nos âmbitos de dominação colonial, econômica e política.

Entretanto, ainda que os europeus praticassem a imposição de suas matrizes culturais, devido à mestiçagem constatada entre os povos presentes em solo brasileiro houve a formação de uma pluriculturalidade, caracterizada pelo advento de brasileiros com modos individualizados entre si. Ladeando a presença de indivíduos que caracterizaram a mestiçagem constatada no Brasil, a exemplo dos próprios indígenas, observe-se que a escravidão continuara presente.

Se inicialmente era caracterizada por englobar apenas indivíduos de origem indígena, esta atividade escravista passaria, em meados do século XVII, a ter em seu âmago a presença cada vez maior de escravos negros traficados, matriz étnica que obteve notável singularidade.

Embora tenha sido constatada a sonegação dessa conjuntura cultural composta inicialmente por indígenas, e que teve continuidade e abrangência a partir das práticas culturais trazidas por indivíduos de origem africana, compete observar que estes traços, considerados inferiores pelos colonizadores, demonstraram sua força, sobrevivendo a todos os limites e barreiras duramente impostos por meio de leis cuja validade encontrou, no âmbito constitucional, concretude material, estabelecendo e normatizando as bases das relações sociais contemporâneas.

2.1 A formação da identidade racial: aspectos socioculturais

Para entender a formação da identidade de um indivíduo, é

necessário, primeiramente, compreender a conjuntura social em que ele está inserido. A partir disso, estipular-se-ão as formas de interação social, que originarão comportamentos específicos dentro de determinados grupos sociais.

Com isto, considerar-se-á para tal abordagem a específica construção da identificação do indivíduo originalmente africano, afrodescendente ou afro-brasileiro que, dentro de suas nuances definidoras, almeja a estruturação e manutenção de atitudes próprias.

É evidente que, em se tratando de indivíduos com descendência africana, estar-se-á frente a uma matriz cultural originalmente segregada. Entretanto, é necessário pontuar que, em nome da força dos traços socioculturais advindos de africanos observa-se que os grupos menos favorecidos economicamente, politicamente e socialmente, lutam por políticas públicas de afirmação para que possam ser reconhecidos e valorizados por sua identidade e dignos de obter os mesmos direitos sociais.

Assim, a identidade do negro afro-brasileiro começa a ter sua manutenção delineada em nosso contexto a partir do momento em que há uma perspectiva de livre expressão dos valores herdados pelos africanos de seus antepassados, assegurada juridicamente a todos os indivíduos do cenário brasileiro.

Por sua vez, a livre expressão da negritude afro-brasileira ocorre com a reafirmação desse ser humano, que se dá com a difusão de educação, cultura e valores voltados à configuração de sua identidade étnico-racial. E são os supracitados fatores que figuram como elementos fundantes da estruturação de uma identidade racial que rompa com o ideal opressor herdado das práticas europeias, reafirmando a significação das práticas de africanos ao cenário brasileiro.

Nesse sentido, é salutar a realização de uma análise acerca das Constituições Brasileiras e seus aspectos legitimadores do reconhecimento da multiplicidade de práticas étnico-raciais.

3 As Constituições na história do Brasil: idiossincrasias, princípios e garantias

Preliminarmente, apontar-se-ão os aspectos concernentes às Constituições de cada época da história, desde que o Brasil teve suas raízes quando da colonização, como previamente abordado, até a Constituição Federal de 1988, ainda vigente. Nesse sentido, dever-se-á observar que os princípios constitucionais dispostos na Carta Magna de 1988 se correlacionam com os direitos e garantias, citados logo em seguida, ainda no texto do supracitado ordenamento. Para tanto, note-se primeiramente que:

Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político. (CANOTILHO, 1993). 5

Diante da devida conceituação, que engloba o aspecto da garantia de direitos e princípios fundamentais como aspecto intrínseco e primordial de uma Constituição, proceder-se-á de forma a rebuscar a existência de aspectos constitucionais que, historicamente, possam ter assegurado às pessoas, de fato, a dignidade inerente a cada uma delas. E, acerca do vocábulo “dignidade”, deve-se compreender sua acepção, conceituada da seguinte forma:

Cargo e antigo tratamento honorífico; Função; honraria, título ou cargo que confere ao indivíduo uma posição graduada; Autoridade moral. Honestidade, honra, respeitabilidade, autoridade. Decência, decoro. Respeito a si mesmo. (Aurélio).

3.1 A Constituição de 1824 e a exclusão de “minorias”

A Constituição Política do Império do “Brazil”, outorgada em 25 de março de 1824, é dotada de certa controvérsia no que tange à afirmação de cidadania e igualdade, conforme disposto no art. 1º, título I, que verbeteia,

Art. 1. O Império do Brazil é a associação Politica de todos os Cidadãos Brasileiros. Eles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outro laço algum de união, ou federação, que se oponha á sua Independência.

Diante do exposto, observa-se que, apesar de “garantir” uma relativa igualdade, a mesma é restrita, uma vez que a cidadania e, por conseguinte, os direitos fundamentais, não eram de titulação geral, conforme Villa (2011, p.10) assevera, “O conceito de cidadão, em vez de ser geral, como representante do povo com direitos democráticos, serviu para restringir”.

Assim, considerando o supracitado conceito atribuído a dignidade, é fundamental observar que a Constituição outorgada em 1824 violara a respeitabilidade ao ser humano, uma vez que restringia o gozo de certos direitos previstos no ordenamento, sobretudo se observarmos que a escravidão fora um aspecto marcadamente colonial e que, portanto, os indivíduos advindos do tráfico transatlântico, ainda que tivessem participado ativamente do processo de mestiçagem inerente à formação do Brasil, não seriam dotados

de direitos que os dignificassem enquanto seres humanos.

Nesse aspecto, no que diz respeito à inclusão das minorias raciais, como dito anteriormente, marginalizadas, evidencia-se um âmbito praticamente nulo: há de se considerar a possibilidade da alforria, ainda que em colocação escassa e sem menor garantia de inclusão pós liberdade.

Assim sendo, coadunando aos aspectos mais simplórios da responsabilidade do Estado na preservação da ordem social, e na curadoria da população, a não inclusão era fator mor no período ao qual a Constituição apresentada se refere. Não havia qualquer interesse, ou preocupação, com os aspectos de igualdade, ou até mesmo de garantia de cidadania, aos não europeus, descendentes de europeus (brasileiros, frutos da mestiçagem ou não), sendo somente estes os cidadãos a quem a lei formal se refere.

3.2 O advento de uma nova Constituição e a controversa ampliação de princípios e garantias

Como alcunha das liberdades individuais, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, veio a garantir maior autonomia e abrangência da cidadania ao povo brasileiro, a começar pelo fato de não ter sido outorgada, como fora a Constituição de 1824. Nesse aspecto, pode-se dizer que a Constituição de 1891 representou um ordenamento jurídico legítimo para a então insurgente República.

A supracitada Constituição rompe com o ideal estritamente pautado na religiosidade que se podia observar em certos termos da Constituição de 1824, como o fato de fazer referência à “Santíssima Trindade”. Nesse sentido, presume-se a admissão de práticas religiosas discrepantes das admitidas pelos colonizadores, o que dá vazão à concepção de que, naquele cenário, as manifestações cultuais e religiosas de caráter não cristão seriam admitidas.

Conforme anteriormente citado, note-se o aspecto disposto no respectivo ordenamento, em seu art. 72, § 3:

> § 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.
>
> Embora fosse constatada a admissão de tais práticas, observa-se que sua regulamentação foi delegada à competência de leis ordinárias, chamadas, neste artigo, de “disposições do direito comum”.

Muito embora o “princípio da laicidade” tenha sido estabelecido, as

leis às quais competiam sua aplicabilidade não agiam efetivamente no que concerne à inclusão social das práticas religiosas advindas dos africanos e afro-brasileiros, estando elas, nesse cenário, ainda marginalizadas em face à maioria cristã da população, que legitimou apenas outras religiões de origem europeia, segregando práticas afrodescendentes.

Desse modo, embora a Constituição de 1891 tenha inaugurado princípios que garantissem inclusão social de africanos e afro-brasileiros, o sistema jurídico fora omisso, na medida em que a admissão de práticas religiosas discrepantes em relação às práticas de herança europeia não contribuiu, efetivamente, para a inclusão das minorias étnicas, tampouco para o combate à discriminação racial.

3.3 A evolução constitucional e a insurgência do princípio da igualdade formal

Considerando o fato de que as Constituições até aqui analisadas, bem como os ordenamentos que, especificamente nesta parte do presente artigo serão abordados, estabelecem os direitos dos indivíduos sob uma perspectiva geral, proceder-se-á com breves considerações de caráter expositivo dos princípios, na forma de direitos individuais garantidos às pessoas, contidos nos seguintes postulados jurídicos: a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, e a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946.

No que diz respeito à Constituição de 1937, o que se pode observar, com relação à garantia de direitos aos indivíduos, em consonância com o aspecto da respeitabilidade e dignificação dos mesmos, conforme disposto no §1 do art.122 é que “todos são iguais perante a lei”.

Nesse sentido, e não havendo muito que considerar a este respeito, convém frisar que a Constituição seguinte, cuja promulgação ocorrera em 1946, também dispõe que “todos são iguais perante a lei”.

Entretanto, embora o supracitado aspecto, que caracteriza a igualdade formal dos indivíduos, seja semelhante ao constante no anterior (1937), há maior preocupação com a questão da integração racial e do preconceito, postulando a intolerância ao preconceito de raça, como disposto no § 5º do art. 141, asseverando que

> § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa

de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Desse modo, podem-se indagar os motivos da adoção de tal perspectiva somente em 1946, visto que a escravidão fora abolida em 1888 e, desde então, o Estado brasileiro passou por duas Constituições (1891 e 1937) que se omitiram quanto à existência do preconceito de raça e da responsabilidade no combate a esta tendência.

A resposta se encontra no próprio contexto da promulgação da Constituição de 1946. Com o fim do Estado Novo que tinha, na figura de Vargas, apoio das massas populares, a República fundava-se em controvérsia aos interesses das ditas massas, que contavam, em grande parte, com indivíduos de origem africana. O Estado necessitava encontrar forma cabal de conseguir apoio destes, a fim de legitimar-se. Viu-se, pois, a defesa dos interesses de direitos destas minorias, representadas, sobretudo, por políticos afrodescendentes, como forma de garantir o piso efetivador do Estado.

3.4 A Constituição como instrumento abstrato de combate ao racismo

Inicialmente, sobrepõe-se a incumbência da explicitação do contexto em que surgiria uma nova Constituição. Em meados de 1964, ocorrera o advento de uma nova ordem legal, “marcada pelo arbítrio e violência” (VILLA, 2011, p. 62).

O período militar fora marcado, sobretudo, por uma extrema restrição de direitos às pessoas, como os de se locomover e se expressar livremente, em qualquer que fosse o âmbito das tentativas de expressão por parte dos indivíduos. Nesse contexto, observa-se que a negação dos direitos básicos às pessoas, que figurariam como parte da dignidade humana, foram extintos por que:

A suspensão dos direitos políticos dava ao governo o poder de aplicação, quando necessário, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado. (VILLA, 2011)

Observa-se, pois, que os interesses governamentais coadunavam às leis com objetivo de legitimação das práticas de controle social. No que diz

respeito à cultura, houve um retrocesso ao “politicamente correto” ou “moralmente aceito”, cuja mão conservadora considerava crime de vadiagem qualquer prática ligada ao ideal alternativo, como por exemplo, a capoeira, o tambor e a reunião de grupos expressivos em ambientes abertos, englobando a violação da liberdade de culto de práticas como a umbanda, candomblé e macumba, as quais necessitam destes espaços para a realização de danças e afins.

Neste contexto, é evidente a ocorrência de uma brusca interrupção no processo de identificação racial inerente aos africanos e afro-brasileiros. As práticas oriundas de matrizes étnicas africanas compõem, notavelmente, o rol de atividades exercidas pelos indivíduos provenientes do supracitado continente, e a negação desses costumes só viria a dificultar a reafirmação de identidades africanas, estimulando a segregação dessa peculiar cultura e, em consonância com isto, estabelecendo alicerces para manifestações preconceituosas contra os valores afrodescendentes.

A ditadura utilizou da lei Constitucional em parâmetros muito maiores aos dicotômicos de Esquerda e Direita. O cidadão não ligado a qualquer ideal, seja militar, ou comunista, viu-se privado de seus direitos individuais que não atendiam à vontade do Estado, sobretudo os negros, cuja imagem fora fortemente associada à criminalidade, à vadiagem e ao vandalismo, sendo, portanto, privados de frequentar certos ambientes. Criou-se uma espécie de estereótipo criminal, o qual, em sua maioria, englobava as minorias sociais.

No entanto, salvo as peculiaridades citadas, a Constituição de 1967 ressalta a importância do combate ao preconceito em sua redação. Sobretudo ao trazer a possibilidade de punição desta prática logo no inicio da disposição dos Direitos Individuais (Capítulo IV). No art. 150, § 1º, o seguinte é disposto:

> § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

Frente ao exposto, há uma pressuposta evidenciação de amplitude de dignificação a todos os indivíduos de uma conjuntura social, tendo em vista que a lei é utilizada, ainda que sob seu aspecto coercitivo, como um elemento dotado de caráter ambíguo.

Tal ambiguidade remete ao fato de que, em simultâneo, o ordenamento “efetiva” a prática do racismo como fator presente na ordem social e jurídica, caracterizada pela institucionalização das relações interpessoais, de modo a, supostamente, reconhecer que os indivíduos oriundos do continente africano sofrem preconceito de raça, por terem sido, historicamente, “estigmatizados como selvagens, sendo submetidos a duras situações ao longo do tempo” (MONTELES, 2013).

Não obstante, constata-se que, embora tenha havido uma evolução no que concerne à disposição constitucional referente à criminalização de práticas de cunho racista, a regulamentação destas fora delegada a leis ordinárias, provenientes de outros níveis do ordenamento jurídico vigente. Entretanto, tais princípios relegados à posição de coadjuvantes, nos objetivos dos governos vigentes.

Logo, infere-se que, até então, o combate ao preconceito com garantia de punição legal estava em plano metafísico, equivalendo a uma promessa que poderia vir a ser cumprida.

3.5 Os Princípios Constitucionais e a gradual dignificação da pessoa humana

Com o processo de redemocratização, suscitado a partir do fim da ditadura militar caracterizada, como anteriormente citado, por uma restrição nos direitos de quase totalidade dos indivíduos, exceto de autoridades que detinham supremacia no que tange ao poder político, fora necessário o estabelecimento de um novo ordenamento jurídico, voltado ao respeito às liberdades individuais. Por meio de constituinte, promulgou-se a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, cujo fundamento alicerçava-se no princípio da dignidade humana que, em consonância com outros aspectos inseridos na referida Carta Magna, cumpririam com o ideal desejado.

Desse modo, a Constituição de 1988, ao contrário do que ocorrera em outros processos ou outorgas constituintes, priorizou, sobretudo, o advento de princípios que regulassem, de fato, ainda que por meio da lei enquanto instrumento coercitivo, as relações sociais.

Nesse contexto, como forma de reiterar o supracitado, assevera-se que

> A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos. (MENDES & BRANCO, 2014)

Assim, a título de graças complementares, a nova Constituição transferiu do Capítulo 4 da Constituição de 1967 ao Capítulo 1 de suas disposições, os “Princípios Fundamentais”, sendo isto prova cabal de que o

objetivo da nação é o cumprimento do disposto, não sendo este mera parte ilustrativa de seu texto. A força dos artigos é demonstrar a supremacia de princípios reguladores do Estado Democrático de Direito, conforme disposto no art.1º da Constituição Federal de 1988, a saber:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania;
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político. (grifo nosso)

A partir da constitucionalização dos supracitados princípios, pode-se com clareza demonstrar a preocupação em garantir direitos aos indivíduos, antes da cobrança do cumprimento de deveres, ambos os aspectos tornando-o digno do *status* de ser humano. Nesse sentido, observa-se um Estado colaborador, em contraposição a uma instituição impositiva. Diante desse aspecto, Branco (2014, p.167) reitera que:

> Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Especificamente no que tange à respeitabilidade do indivíduo e das práticas advindos do continente africano, a Constituição Federal de 1988 reitera a criminalização do racismo, adicionando ao ordenamento a injúria racial como delito passível de punição prevista em lei. Desse modo, o art. 5º da Carta Magna, que dispõe acerca dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, inclui o crime de racismo em inciso próprio, não mais como coadjuvante, e sim como protagonista de um posicionamento intolerável, asseverando, em seu inciso XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

No campo das Leis Ordinárias, com destaque ao papel dos movimentos sociais, esses princípios saem do âmbito de meras promessas e passam a obter maior concretude material. Especificamente neste contexto, observe-se a “Declaração sobre Raça e Preconceitos Raciais1”, ordenamento de abrangência mundial que, entre outros aspectos, estabelece que: “Todos os

povos do mundo estão dotados das mesmas faculdades que lhes permitem alcançar a plenitude do desenvolvimento intelectual, técnico, social, econômico, cultural e político”.

1 Aprovada e proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, em 27 de novembro de 1978.

Contudo, é importante frisar que, embora existam todos estes aspectos na busca pelo reconhecimento da raça negra enquanto elemento sobressalente do processo de miscigenação há muito tempo observado, sobretudo, neste contexto, no que tange ao Brasil, ainda há muito a ser feito, tanto por parte do Estado, quanto dos movimentos sociais e dos indivíduos como um todo, unidos em prol do reconhecimento dos prejuízos étnico-sociais causados pela segregação.

Neste contexto, o direcionamento de políticas públicas que tenham a educação como matriz principiológica é importante no sentido de subsidiar as instituições educacionais à promoção de um processo que leve ao reconhecimento da igualdade entre os indivíduos, abordando elementos como a cultura e a identidade da pessoa negra, no sentido de promover intervenções que favoreçam a efetiva inclusão social.

Embora figure como instrumento coercitivo de inclusão do reconhecimento da negritude em âmbito educacional, a Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003, pode vir a representar um instrumento que estimule uma medida educacional pautada no respeito às diferenças, incitando o reconhecimento à pluralidade étnica dos africanos, na medida em que torna obrigatório o ensino da História da África e dos africanos na formação cultural brasileira, valorizando a luta desses indivíduos, bem como suas contribuições na formação cultural de nosso país.

5 Considerações quanto as prestações positivas do Estado e a sua capacidade de criar e destruir vilões

Um Estado que não assegura direitos básicos para os seus cidadãos não pode ser considerado democrático. A situação brasileira é caracterizada pelo estado de país emergente e em desenvolvimento a muitos anos, e, sobretudo, incapaz de propiciar acesso igual a cargos, bens, serviços, oportunidades a todos os brasileiros colocando nas mãos de uma minoria numérica branca, com vasto poder aquisitivo, altos níveis educacionais a direção de um país composto em sua maioria dos mais diferentes tipos de

segmentos étnicos e, principalmente em relação a população de pele escura (não sendo necessariamente os negros, pois no Brasil a miscigenação criou uma verdadeira palheta de cores e variações belíssimas em nosso povo), que possui historicamente maior dificuldade para alcançar cargos mais elevados.

Robert Alexy apresenta em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais a ideia de que, se não existe nenhuma razão suficientemente aceitável que permita o tratamento igual entre pessoas, é obrigatório que tal tratamento seja efetivado de forma desigual entre elas frente ao Estado. Desde que ambos os indivíduos estejam em posições idênticas, ou seja, com a devida paridade de armas o tratamento será igual. Tal ideia veio para iluminar a questão jurídica relacionada à igualdade material e formal, pois é óbvia a hipossuficiência dos grupos étnicos, principalmente nas regiões mais pobres do Brasil, observando também a população carcerária que é em sua grande maioria composta de negros, pobres e analfabetos.

O *status positivus* descrito por Alexy de acordo com a doutrina de Jellineck mostra que o indivíduo adquire o seu caráter cívico quando o Estado oferece meios jurídicos para a efetivação das suas pretensões contra o próprio Estado visando assegurar a sua proteção através de mecanismos que lhe ofereçam segurança para viver sobre a tutela do governo da sua nação.

Em As Origens do Totalitarismo, Hannah Arendt chama a atenção para a denominada política do terror sob a qual as ditaduras modernas travestidas de Estados democráticos de direito promovem o terror para controlar as massas mediante a apresentação de um inimigo fabricado pela própria incapacidade gestacional do Estado, sendo que se na Alemanha foram os judeus, no Brasil, até hoje, ainda são os negros.

Traçando um paralelo com o pensamento arendtiano e a ideia concebida pelo professor Nilo Batista em Punidos e Mal pagos, não importa se os índices das mortes criminais não ultrapassam a casa dos 5% de acordo com os dados apresentados por Batista ou a somatória dos roubos não se equipara ao valor que é sonegado todos os anos ou aos desvios de dinheiro público que preenchem os jornais brasileiros, mas sim a capacidade que a mídia de tem de colocar alguns casos sob a mira de um telescópio caracterizado pela conveniência política do momento tornando os sintomas de um Estado corrupto a causa dos males provocando na população o terror, que, de acordo com Hannah Arendt, é produzido a fim de manter a população sob controle e dar a ideia de que sem a capacidade de exercício da violência estatal ninguém pode

sobreviver criando uma guerra ao terror entre os próprios nacionais prejudicando o desenvolvimento humano, pois cada pessoa morta nesses conflitos é menos uma possibilidade de mudança no mundo e o próprio Estado reconhece que essas pessoas colocadas como monstros na sociedade também são vítimas.

Celso Lafer no prefácio da obra “Sobre a Violência” de Arendt cita que para a filósofa:

> “…, a violência e a sua glorificação se explicam pela severa frustração da faculdade de agir no mundo contemporâneo, que tem suas raízes na burocratização da vida pública, na vulnerabilidade dos grandes sistemas e na monopolização do poder, que seca as autênticas fontes criativas.” (ARENDT, pág. 12, 2014)

Depreende-se, dessa forma, acerca do supradito, que é mais fácil tornar a violência presente nas comunidades carentes um objeto de controle social do que investir na pessoa, na proporção em que tal medida oferece maior lucratividade, a um curto prazo. Segundo a filósofa há um consenso entre partidários da esquerda e da direita no que concerne a violência como manifestação do poder do Estado, mas para ela a adoção de meios agressivos contra os seus próprios cidadãos é um dos sintomas de um governo falido, pois isso já caracteriza que houve a perda do respeito e temor, tendo que se fazer valer do medo.

Marilena Chauí aponta o conceito de autoritarismo social para trabalhar a ideia de que a concepção de democracia na qual vivemos não passa de uma roupagem para uma situação na qual na prática não existe igualdade de direitos, fazendo prevalecer o preconceito racial, machismo, discriminação religiosa e desigualdades econômicas e sociais. A professora coloca que o autoritarismo polariza a sociedade brasileira entre os interesses das elites dominantes e as classes carentes, tornando a segunda refém da primeira e incapaz diante de tanta injustiça.

> “As leis, porque exprimem ou os privilégios dos poderosos ou a vontade pessoal dos governantes, não são vistas como expressão de direitos nem de vontades e decisões públicas coletivas. O poder judiciário aparece como misterioso, envolto num saber incompreensível e numa autoridade quase mística. Por isso mesmo, aceita-se que a legalidade seja, por um lado, incompreensível, e, por outro, ineficiente (a impunidade não reina livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja a da transgressão (o famoso ”jeitinho”). “. (CHAUÍ, pág. 436, 2002)

Tal concepção converge diretamente com a reflexão realizada pelo historiador Eric Hobsbawn, que pondera: “Como haveremos de viver neste

mundo perigoso, desequilibrado e explosivo, em meio a grandes deslizamentos das placas tectônicas nacionais e internacionais, sociais e políticas?". Ora, disparidade dos parâmetros entre as leis e a sociedade, e sua consequente aplicabilidade, por certo conduzem todas as pessoas a uma situação grave, na mesma proporção em que os preconceitos são maquiados, quando não claramente expostos com efeitos explosivos podendo, a qualquer momento, incidir e abalar todos os segmentos sociais, sobretudo por meio da profusão de perspectivas fundamentalistas, fruto do radicalismo e da insanidade de líderes mestres na aplicação do terror que, uma vez instaurado, adquire proporções "universalizantes" dentro de determinada conjuntura sociopolítica, uma vez que todos e todas são alvos em potencial.

6 Da Convenção internacional sobre a eliminação de todas as forma de discriminação racial

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação foi adotada pela Resolução n. 2.106 (XX) da Assembleia Geral da ONU e disposta a ser assinada em 7 de março de 1966 (RAMOS; 2014), com o propósito de desenvolver de forma encorajadora a devida proteção aos direitos humanos respeitando as peculiaridades de cada segmento social, rechaçando todos os tipos de discriminação que impeçam o exercício da igualdade de direitos objetivando a manutenção da segurança oferecendo um lugar propício para o desenvolvimento individual de cada cidadão sem a insegurança que a intolerância provoca.

Assinada pelo Brasil em 7 de março de 1966, entrando em vigor em 4 de janeiro de 1969 foi promulgada pelo Decreto n. 65.810/69 corresponde a um dos tratados de direitos humanos mais antigos do país claramente relacionado com as disposições de impedimento da discriminação de caráter racial dentro das relações trabalhistas por conta da Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho também ratificada e incorporada pelo Brasil.

Toda forma de segregação ou restrição com a finalidade de impedir qualquer pessoa de ter acesso ao exercício de seus direitos humanos e liberdades fundamentais que possibilitem uma vida digna para si, sua família e comunidade por conta de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica caracteriza-se como discriminação racial. Através de relatórios periódicos, transmissão de informações entre estados membros e peticionamento

individual é possível o monitoramento das atividades ligadas a Convenção realizadas pelos estados que a ratificaram como é o caso do Brasil.

O Brasil, ao ratificar o tratado, se comprometeu a adotar políticas de ações afirmativas que possibilitassem as minorias étnicas acesso a direitos fundamentais através da função positiva que lhe é concernente patrocinando bolsas em universidades, projetos de cunho cultural, formas de distribuição de renda buscando minorar as diferenças. Por outro lado, também é dever do Estado não propagar, apoiar, fundamentar, defender, financiar conceitos discriminatórios e muito menos executar atos referentes a tal abominação contra grupos de pessoas ou instituições, sendo que, muito pelo contrário, tais atos devem ser combatidos e punidos pelo poder público.

De acordo com o Art. VII da Convenção todos os estados se comprometem a desenvolver todas as formas aptas a lutar contra o preconceito e discriminação através de mecanismos, principalmente da cultura e educação, promovendo a “tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos” fazendo valer o disposto nos demais tratados de direitos humanos relacionados ao tema de forma solidária e efetiva. O Art. V referencia os direitos que principalmente devem ser assegurados, *in verbis*: ser tratado de forma igual perante os tribunais; ter sua integridade física protegida contra arbitrariedades estatais; direitos políticos, sobretudo o de votar e ser votado; direitos civis relacionados ao de ir e vir dentro e fora do território nacional, nacionalidade, casar com quem lhe aprouver, a propriedade, de herdar, de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, reunião e associação pacífica, econômicos, sociais, culturais, trabalho digno, sindicalizar-se, habitação, saúde pública e de qualidade, previdência social, educação e formação profissional, acesso a bens e serviços e a atividades culturais.

7 Do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNPIR)

Vinculado à Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, corresponde a um órgão colegiado com função consultiva. O Conselho foi criado através da Lei n. 10.678/2003 tendo sido regulamentado pelo Decreto n. 4.885/2003. O Ministro de Estado Chefe da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial designa os 44 membros que comporão o Conselho sendo que 22 são oriundos do Poder Público Federal, 19 são escolhidos de entidades civis de caráter nacional e, por último, 3 são pessoas

proeminentes e reconhecidas influentes na seara da defesa dos direitos raciais.

Os supracitados órgãos têm por objetivos principais, a partir da sua vinculação, promover e estabelecer, estando cientes dos devidos estudos de cada realidade dentro do território nacional, políticas e estratégias de desenvolvimento da igualdade racial, focando em ações direcionadas a população negra e produzir formas de superação das desigualdades sociais, econômicas, acadêmicas e todas as outras que afligem o Brasil.

Sua competência consiste em participar da proposição e criação de critérios e parâmetros para a produção de objetivos que visem garantir a igualdade racial em todos os seguimentos da sociedade; criar possibilidades de acompanhamento das questões relativas às políticas públicas desenvolvidas com foco nos segmentos étnicos brasileiros e, caso não seja feito, exigir que entre em pauta dentro dos programas do Estado a questão racial e manter viva na memória as peculiaridades culturais das populações de origem africana, bem como das demais comunidades que formam a população tupiniquim, tais como os árabes e europeus, para que sua identidade cultural e sua matriz étnica não sejam dirimidas, dada por conta da sua grande importância para a formação histórico-cultural, bem como para a miscigenação, frente ao Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

Conclui-se com este artigo a importância do reconhecimento das práticas do preconceito racial como fatores de necessária supressão da discriminação, sob a égide da integração entre todos os povos que, cada vez mais, deve ser legitimada e efetivada. Não somente como mera analogia ou promessa constituinte seguindo às condições internacionais relacionadas à moral e a ética do combate ao racismo.

No entanto, não há como estagnar a lei às condições aqui apresentadas. Ainda há muito que lutar e conquistar em prol da igualdade e do respeito à dignidade. O foco na não marginalização e no respeito devem ser os objetivos do legislativo nas gerações que seguem, a fim de sanar as consequências decorrentes da omissão, ou da ignorância 18

às necessidades das minorias como um todo, reprimidas, sobretudo, por ideologias majoritárias nem sempre legais, ou omissas às prerrogativas da

lei.

É importante notar que a consciência individual é o principal fator a ser conquistado, uma vez que a lei não tem o condão de metamorfosear a educação ética do individuo, e sim o fator coercivo que o obrigue a um determinado comportamento, e que, ainda que punitivo, repisa-se, não tem o poder de mudar o senso moral do mesmo.

Uma das alternativas que pensamos ser importante evidenciar é o desenvolvimento de uma educação antirracista, que encontra fundamento legal na lei 10.639/03, dispondo acerca da obrigatoriedade do ensino de história da África em instituições brasileiras públicas e privadas e da contribuição dos afrodescendentes para a cultura Ocidental.

Consideramos, pois, que a base educacional é de grande importância à formação do caráter do sujeito em sociedade e que, não bastando apenas o instrumento coercitivo da lei como forma de garantir a redução do preconceito racial, o instrumento educacional deve figurar como amplo estruturador da conscientização de que absolutamente todos os indivíduos são dignos e iguais em direitos e obrigações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia política**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte.

_______. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1937.

_______. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.**

Rio de Janeiro: Mesa da Assembleia Constituinte, 1946.

_______. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1967.

_______. Emenda Constitucional Nº 1 (1969). **Emenda Constitucional 1.** Brasília: 1969.

_______. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil.** Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil, 1824.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**.. 12ª ed. São Paulo: Ática, 2002.

FEDERAL, Senado. **Direitos humanos: atos internacionais e normas correlatas.** 4ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa.** 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. 8ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JÚNIOR, Nerione Nunes Cardoso. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública.** 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de edições Técnicas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTELES, Gabriel Araújo. **As Representações da África Subsaariana na Cultura Ocidental e a Lei 10.639/02.** Artigo. Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2013.

ONU. Declaração sobre a Raça (1978). **Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais.** Disponível em: < http:// www.direitoshumanos.usp.br/index.php/UNESCO-Organizacao-das-nacoes-Unidas-para-a-Educacao-a-ciencia-e-a-cultura/declaracao-sobre-a-raca-e-os-preconceitos-raciais.html. > Acesso em: 9.out. 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo:

Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro:** a formação e o sentido do Brasil. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de filosofia do direito: o jurídico e o político da antiguidade a nossos dias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras:** 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011.

DIREITO COMO LIMITE AO ESTADO: CRÍTICA À RETÓRICA DA SEGURANÇA E DA ORDEM

Henrique Smidt Simon[48]

"Se não tiver instinto

Se não estiver atento

Se ficar com medo no exato momento

Alguém muito à toa soa o alarme

Veste o uniforme e transforma tudo em exceção"

(Humberto Gessinger e Augusto Licks – Museu de Cera)

Resumo: Atualmente, os gastos do erário, a qualidade dos serviços públicos e a falta de oportunidades sociais são objetos de contestação no Brasil. Contudo, o poder público tem limitado direitos aumentando a repressão, sem corrigir suas falhas. Este artigo analisa o positivismo jurídico como limitação do poder. Faz, em seguida, a relação com o início da ideia de nação e o uso do direito como expressão da vontade do Estado. Após, trabalha o estado de exceção e como a retórica da segurança mascara a violação de direitos. Exemplos dessa conjuntura são as manifestações de junho de 2013; os rolezinhos e a situação de Pedrinhas. Além disso, o Estado brasileiro busca aumentar seu poder de repressão com estratégias jurídicas que diminuem os seus limites ou a capacidade de controlá-lo. É preciso entender e retomar as lógicas fundamentais do positivismo jurídico e do direito constitucional: contenção do poder e proteção contra o Estado.

Palavras-chave: Teoria política e do direito; nação; constitucionalismo; estado de exceção; limites ao poder do Estado.

Abstract: Presently in Brazil, the government spending, the poor quality of public services, and the lack of opportunities are being the object of discussion. Nonetheless, the government has been restricting rights, and therefore increasing repression, without attempting to correct its mistakes. This article analyzes the legal positivism as a limitation of state power. Then, it makes the correlation between the inception of the idea of a nation and the use of the law as an expression of the will of the state. Thereafter, it develops Agamben's state of exception and how the rhetoric of public safety disguises the violation of civil rights. The "June 2013" protests, the flash mobs, and the situation of the "Pedrinhas" prison are a few examples of how this rhetoric happens. Furthermore, Brazil seeks to strengthen its repression power through legal strategies that only end up reducing its limitations or the ability to control it. It is necessary to understand and reinstitute the core basis of the legal positivism and constitutional law: protection against the state and constraint of government power.

Key-words: Political and legal theories; nation; constitutionalism; state of exception; limitation of state power.

[48] Doutor em Direito, Estado e Constituição pela UnB, Professor do Programa de Mestrado em Ciência Política do UniEURO, Professor do IDP, Professor do UniCEUBhenrique.s.simon@gmail.com

Introdução.

Os gastos com obras públicas e com serviços públicos no Brasil, seus constantes aumentos e a perspectiva do governo brasileiro ter de agradar a entidades privadas para assumir compromissos que beneficiam quase tão-somente agentes privados têm gerado debates públicos os mais diversos nas redes sociais a nas mídias de grande alcance. Sem dúvida, a Copa do Mundo e a Olimpíada do Rio de Janeiro são as vitrines desse contexto. Mas há outros exemplos de apropriação espúria dos recursos do erário, mesmo em época de redução drástica de gastos públicos. Em 2014 o judiciário se concedeu, por meio de ato administrativo do Conselho Nacional de Justiça, auxílio moradia[49]. Depois, o mesmo CNJ permitiu aumento dos subsídios dos magistrados estaduais, também sem lei[50]. Já o parlamento investe, junto com seus doadores de campanha, no "parlashopping" para o conforto dos seus membros[51]. Por outro lado, o governo federal se contorce para fazer cortes de gastos[52]. Ou seja, são os mais necessitados que acabam por pagar as contas.

Essas circunstâncias são pequenas amostras que deixam às claras as contradições e a falta de controle sobre os gastos públicos no Brasil. Os poderes constituídos do país, em todas as esferas, não importa de qual partido ou coalizão, têm sido massacrados com notícias que mostram desvios, mau planejamento, falta de controle, corrupção ou simplesmente falta de execução de orçamento já disponível. Algo que, fora dos holofotes dos acontecimentos grandiosos, faz parte do dia-a-dia de qualquer um que pertença ao universo jurídico.

Contudo, a grandiosidade dos eventos que o Brasil recebeu e que está prestes a receber e de seus custos exacerbados, bem como dos gastos com os interesses privados dos membros dos nossos poderes públicos,

---

[49] "Judiciário e MPF pagam moradia até de quem tem casa própria" – matéria publicada no Estado de São Paulo em 17/05/2015. Disponível em: http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,judiciario-e-mpf-pagam-moradia-ate-de-quem-tem-casa-propria,1621323. Acesso: 23/05/2015.

[50] "CNJ autoriza aumento para juízes sem necessidade de lei estadual" – matéria pubicada no portal G1 em 14/01/2015. Disponíel em: http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/01/cnj-autoriza-aumento-para-juizes-sem-necessidade-de-lei-estadual.html. Acesso: 23/05/2015.

[51] "Empresas interessadas na contrução do 'Parlashopping' doaram 10,5 milhões" – Matéria publicada no Correio Braziliense em 22/05/2015. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2015/05/22/internas_polbraeco,484089/empresas-doaram-r-10-5-mi-nas-eleicoes-para-construcao-do-parlashopping.shtml. Acesso: 23/05/2015.

[52] "Brasil mergulha na austeridade com ajuste de 70 bilhões de reais" – matéria publicada no El País em 22/05/2015. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/22/politica/1432308993_787049.html. Acesso: 23/05/2015.

acabam por colocar em evidência as contradições entre aquilo que o Estado é capaz de gastar e o que ele gera como benefício concreto para a sociedade como um todo. Os constantes aditivos que supervalorizam os contratos para cumprimentos dos eventos demonstram como a disparidade entre o compromisso de cumprir contratos particulares e o investimento em benefícios reais para a população é assustadora. O que resta claro é a capacidade de comprometimento do erário público frente ao uso constante de discursos de escassez de recursos para melhora de serviços essenciais a serem garantidos pelo Estado.

Tal oposição entre capacidade de gastos e benefícios públicos somada aos mais diversos escândalos de corrupção e malversação do dinheiro público serviram como estopim para conflitos e manifestações sociais que temos visto desde 2013. As manifestações de junho, os já famosos “rolezinhos” e a situação do Complexo Penitenciário de Pedrinhas são o que se vê no retrovisor da opção política de uso do poder em benefício próprio, gastos com grandes eventos ou grandes obras que servem para estimular quase que apenas interesses privados. Os exemplos citados mostram as estratégias do Estado para colocar os indivíduos em situação de exceção, impedindo o direito à resistência contra a opressão previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Cabe, portanto, usar a situação de tensão social e efervescência intelectual do momento para repensar relação entre política, sociedade e ordenamento jurídico, mostrando como é possível unir esses três pontos de atenção da grande mídia para tentar diagnosticar o esgotamento completo da forma como se compreender o direito (e, portanto, o que e como se pode exigir dele) e sua relação com as tomadas de posição jurídicas.

O ponto de partida da presente análise é a retomada da relação entre direito, sociedade e o modelo teórico do que se compreendeu como Estado de Direito, na sua relação com o exercício do poder instituído. Pretende-se demonstrar como o positivismo jurídico permite pensar o direito como sistema que demanda completude, o que se alcança com a ideia de constituição (portanto, permite entender o papel estrutural da constituição).

Em seguida, faz-se a crítica da redução do positivismo ao “processualismo”, a ser entendido como a redução do pensamento jurídico ao modelo de aplicação do direito processual. O objetivo, nesse ponto, é demostrar como tal forma de compreender o direito inibiu as funções e

potencialidades do positivismo e tem impedido pensar o direito de forma alternativa, de modo a impedir a ampliação do potencial de racionalidade, de mediação social e política da própria constituição.

Por fim, procura-se indicar como o atual modelo “processualizante” do direito tende a levar à necessidade de suspensão constante da ordem constitucional, na medida em que permite o uso de conceitos que mascaram situações de anomia, transforma-as em normais e esperadas (portanto, pretensamente jurídicas) e legitima o autoritarismo, que desdenha toda e qualquer racionalidade constitucional. Assim, propõe-se rápida análise da Portaria 3.461/2013 do Ministério da Defesa (definidora do uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem em atividades de segurança pública), do uso da Lei de Segurança Nacional no caso de manifestações e do Projeto de Lei n. 499/2013 da Comissão Mista destina a consolidar a legislação federal e a regulamentar dispositivo da Constituição Federal.

A discussão ora proposta intenta trazer elementos para mostrar a necessidade de pensar as bases epistemológicas do direito com maior acuidade e apontar as distorções que se tem feito desse ramo do conhecimento, utilizando-se seus institutos fora de seus contextos e de suas gramáticas significativas.

1. O direito como espelho da sociedade ou a sociedade como espelho do direito? A compreensão da importância do positivismo jurídico e do seu esvaziamento como ideal político.

Ao relatar a formação do direito moderno, com seu paradigma positivista-legalista, Boaventura de Sousa Santos (2000) procura mostrar quais eram as potencialidades da nova forma de ver o direito (estrutura formal fechada) como garantia da ordem e sua relação com a sociedade que surgia (cujo modelo era a da burguesia comercial-industrial). A análise de Boaventura intenta esclarecer como os anseios do direito moderno garantiam certa expectativa de liberdade e igualdade e como, em determinado momento, transforma-se em estrutura cristalizadora da sociedade. Para o teórico português, se o direito, em primeiro momento, tornou-se espelho da sociedade moderna que almejava liberdade e igualdade de tratamento, em seguida virou estátua, com a pretensão de ser *o* modelo a ser seguido, havendo inversão de papéis.

Sousa Santos caracteriza a sociedade moderna como relação que busca o equilíbrio entre emancipação e regulação. Segundo ele, o primeiro momento do Estado de Direito foi de emancipação, mas, com a mudança da sociedade industrial, transformou-se em modelo prioritariamente de regulação, a impedir alternativas de sociabilidade que não seguiam o modelo da sociedade industrial. Essa transformação, suas consequências para o direito e a perda da função política inicial do positivismo jurídico do século XIX merecem breves considerações.

1.1 A função política do positivismo do século XIX.

A ideia de que o direito deve ser espelho da sociedade deriva da concepção de que um modelo jurídico-político responde aos meios de reprodução social de certa época e contexto. E que a transformação das condições sociais deveria levar à mudança do modelo jurídico político. Assim é que Foucault vê nas modificações das instituições jurídicas um instrumento empírico para verificar as transformações sociais, políticas e no próprio modo do saber (Foucault, 2002).

Para iniciar a análise, é importante ter em mente que no direito medieval duas características eram muito importantes. A primeira delas referia-se à ausência de teoria das fontes do direito. Quer isso dizer que não havia hierarquia de fontes e, portanto, qualquer delas dava origem ao conteúdo jurídico esperado: costume, religião, razão natural, edito do rei, compromisso feudal, precedentes etc. (veja-se Bobbio, 1995.) A segunda referia-se ao fato de que o direito era pouco institucionalizado, sendo incapaz de conter as relações fáticas de poder e força que se desenvolviam na sociedade feudal. O direito era conquistado, muitas vezes, pela força e pela influência que se tinha sobre outros detentores de poder (rei e senhores feudais)[53] (Foucault, 2002).

A ausência de fonte unificada (ou de hierarquia de fontes) do direito e a falta de autoridade central com poder de legislar não permitem a separação entre direito, costume, religião, moral e política. Na transição da Idade Média para a Modernidade isso significa instabilidade e incerteza sobre quem detém legitimidade para produzir normas, quais são as normas válidas e o que se pode exigir. Apesar dos regimes absolutistas terem concentrado o poder

---

[53] A análise de Foucault refere-se à Alta Idade Média. É interessante notar como determinados tipos de ações que surgem no *common law* do século XII têm exatamente a função de permitir ao rei que contenha esse abuso por parte dos senhores feudais (veja-se Caenegem, 1988).

político nas mãos dos reis, eles são mais fatores políticos de equilíbrio entre os grupos sociais concorrentes do que propriamente legisladores (ver Elias, 1993)[54].

Se o problema da unidade do poder se resolve com o absolutismo, o da unidade do ordenamento jurídico só é possível no século XIX, com o fenômeno da codificação (Bobbio, 1995). A partir da ideia iluminista de que a lei, como expressão da razão, pode regular todas as possibilidades de condutas, eliminam-se as incertezas sobre o direito, porque a partir de então a regra é prévia e do conhecimento de todos, fruto da razão de um órgão exclusivo: o poder legislativo, único legitimado para a criação da norma regente das condutas de todos os indivíduos de igual modo[55].

A lógica que está por trás dessa mudança (e torna-se a lógica do positivismo liberal do século XIX) é a seguinte: a lei, sendo a única fonte do direito, confere segurança e igualdade, pois todos sabem o que podem fazer e estão sujeitos às mesmas regras. Essas regras devem ser seguidas porque provenientes do órgão legitimado pelos destinatários da norma, o parlamento, reproduzindo a vontade conjunta dos súditos. Nessa linha, o que vincula é a lei, em sentido estrito, ou seja, a que passa validamente pelo processo legislativo referendada por quem detém o poder de representar o povo.

A mudança do foco do poder do rei para o Poder Legislativo é um critério claro de controle do poder político. Até o fim do Antigo Regime não havia separação institucionalizada e independência em termos de competência entre as funções executiva, legislativa e judiciária. O Executivo era a monarquia, que controlava o Judiciário, e o que veio a ser o Legislativo era a reunião de grupos que representavam os estamentos sociais. O rei tinha a última palavra, o poder de decisão, mas, naquilo que concernia ao interesse de todos, devia levar à consideração de todos, ainda dentro da lógica medieval. Essa a função do Parlamento inglês e dos Estados Gerais na França (Fioravanti, 2001).

Portanto, o surgimento do direito positivo moderno, que tem na lei

---

[54] Isso porque, apesar de o rei ter reconhecido o poder soberano, no modelo de Bodin (ao afirmar que a soberania estava no poder de dizer o direito sem a anuência de mais ninguém – Bodin, 1999), ele não está acima das leis fundamentais do reino, reguladoras de sua legitimidade política – como doutrina assistemática e sem conteúdo formal identificado, as leis fundamentais do reino se apresentam com duas grandes tendências: a doutrina oficial da monarquia e as tradições feudais (Morabito, 2008).

[55] Na primeira metade do século XVIII os franceses já discutiam o problema do excesso de litigiosidade como algo derivado do excesso de leis e costumes contraditórios. Via-se como solução a simplificação do direito por meio da redução drástica de normas, o que deveria ser feito com base em leis gerais simples, coerentes, claras e que refletissem a razão natural (ver Rosanvallon, 2007).

sua fonte privilegiada, é resultado de dois fenômenos que estão interligados: a mudança do foco de legitimidade da coroa para os representantes do povo e a necessidade de controlar os focos sociais de poder, principalmente o próprio rei. Nesse sentido, a lógica que inaugura o direito moderno é a do liberalismo político. A lei controla as ações proibidas e, por oposição, permite tudo o que não é expressamente defeso. Se todos estão sujeitos às mesmas leis e podem fazer tudo o que não lhes é expressamente proibido, todos são livres e iguais. Qualquer desvio nessa forma de encarar o papel do direito leva ao arbítrio, à quebra da igualdade e, por consequência, da liberdade[56].

Assim, o executivo, como poder que detém o monopólio da força e a obrigação de fazer valer o direito, só pode fazer o que é expressamente determinado pelo ordenamento, sob pena de violar a liberdade dos cidadãos. O judiciário deve apenas dizer se a lei foi ou não violada no caso concreto, sem interpretar e sem considerar outras fontes normativas[57]. E o legislativo, como representante do povo, só regula e proíbe o que é em benefício dele, sendo controlado em eleições periódicas[58]. A separação dos poderes é, portanto, garantia contra o abuso de poder, a impedir que quem exerça alguma função estatal possa estar acima do ordenamento para violar a igualdade e a liberdade (Montesquieu, 2002).

O fechamento do sistema se dá com a constituição, local em que está presente a declaração de direitos como liberdade e igualdade, bem como a contenção formal do poder legislativo, que deve estar submetido ao documento que realiza o fechamento do sistema jurídico[59]. A lei vincula porque é a expressão da vontade do povo confeccionada de acordo com a forma estabelecida pelo próprio povo (o poder constituinte originário).

---

[56] No período revolucionário francês, por exemplo, a primeira concepção que aparece a respeito do Estado de direito (*rule of law* – a supremacia da lei) é exatamente a liberal, que vê na lei a garantia da liberdade e no governo pela lei a exata oposição ao governo despótico, baseado na vontade particular do soberano. A lei geral e abstrata deveria ser a expressão da razão, portanto, derivada do direito natural (Rosanvallon, 2007).

[57] Montesquieu (2002), na sua análise sobre a separação dos poderes, já havia declarado que o juiz não deveria ser mais que a boca da lei. Beccaria (1997), ao falar sobre os abusos no uso do que viria a ser o direito penal, seguiu a fórmula de Montesquieu e propôs que a decisão judicial não fosse mais que um silogismo, em que a lei seria a premissa maior, o fato a menor e a decisão mera conclusão. O modelo do silogismo ilustra bem como o positivismo jurídico vê o direito como limitação ao exercício do poder, pois o que caracteriza um silogismo é o fato de o juízo não acrescentar qualquer informação às premissas, o que quer dizer que a conclusão é apenas o tornar explícito o que nelas já estava presente.

[58] A relação entre o positivismo jurídico dos sécs. XVIII-XIX e a necessidade de controle do exercício do poder a partir do pensamento liberal poder ser encontrada em Bobbio, 1997, e Simon, 2006.

[59] Importante lembrar o artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que afirma que toda sociedade que não tem a garantia dos direitos naturais (liberdade, segurança, propriedade e a resistência à opressão, enunciados no artigo II) e não possui a separação dos poderes não tem sequer uma constituição. Fica evidente que a contenção do poder é a função primordial do direito constitucional. Controla-se o poder para garantir liberdade.

1.2 De espelho a estátua – o direito como expressão da vontade estatal.

Foi nessa estrutura de contenção do poder institucionalizado e na afirmação da liberdade e da igualdade individuais que Boaventura de Sousa Santos (2000) viu o potencial emancipatório do direito moderno, ao refletir os anseios da nova sociedade que emergia. No entanto, o que teria causado sua transformação de espelho para estátua, a perda do seu potencial de liberação das subjetividades fora de suas amarras sociais e políticas para passar a exercer o controle social autoritário? Como o direito positivo passa a ser força de regulação em lugar de emancipação?

Ao que tudo indica, o problema está na transformação do Estado moderno em nação. Tal transformação está presente já na Revolução Francesa, em que o conceito de povo, entendido como todos aqueles que não são nem nobres nem pertencem ao clero (portanto, conjunto de sujeitos concretos composto pela imensa maioria dos franceses), se confunde com a nação, conceito abstrato que remete a certa entidade abstrata cuja referência seria a totalidade idealizada dos franceses. Essa mudança de significação vê-se claramente naquele que é tido como inventor do conceito de “poder constituinte originário”. De fato, Sieyès (2001), ao justificar o poder constituinte originário da Assembleia Constituinte formada a partir dos representantes do estamento que compunha o terceiro estado francês, afirma que o povo não deve legislar diretamente, mas sim seus representantes, que exercem sua vontade, e o farão em nome da nação[60].

Bobbitt (2003) vê exatamente no exemplo francês a transformação radical do Estado moderno, que ele chama de nação-Estado. Segundo esse autor, a nação-Estado é diferente do Estado-nação no sentido em que a primeira forma política diz respeito à capacidade de mobilização da nação (vista como unidade política) em favor do Estado, que a incorpora, enquanto o segundo tem o Estado como instrumento para beneficiar a nação que governa, o que só ocorre no momento político seguinte. Assim, a nação-Estado tem no aparelho burocrático a realização do conceito abstrato de nação.

---

[60] Aliás, o próprio conceito de povo já havia se transformado em signo referente a uma entidade abstrata, o que foi feito pelo princípio da representação, cujo início ocorreu na Inglaterra medieval. Os representantes do povo (a Câmara dos Comuns) assumem o poder de falar em nome de todos e, em seguida, de legislar. No entanto, não se permitem ser controlados, pois eles já encarnam a expressão da vontade do povo inglês, de forma que os sujeitos concretos que compunham o povo não teriam como controlar diretamente o exercício do poder político (ver Morgan, 2006).

Nesse sentido, não é de forma alguma paradoxal que o Estado (agora nação) que fez a revolução mais marcante da Modernidade (e a fez em nome da liberdade e da igualdade), só tenha conseguido a estabilidade político-social com Napoleão, um imperador. É Napoleão que consegue afastar o perigo externo, organizar a França e expandi-la para que o povo mantenha internamente os ideais de igualdade e liberdade (Bobbitt, 2003).

É também com o imperador que se realiza a sistematização do direito, ao unificar o direito civil francês por meio do primeiro código (no sentido moderno) da história a virar referência mundial: o Código Civil, também conhecido como Código Napoleônico (Bobbio, 1995). A esperança iluminista de racionalidade do direito se realiza por meio de uma lei que tem a pretensão de completude na regulação do âmbito social a que se destina, aplicada igualmente em todo território nacional e a todos que se encontram sob o jugo do Estado. Se antes a soberania era vinculada à pessoa do rei, agora ela é a forma de expressão da vontade do Estado, um ente tão abstrato quanto a nação.

Com o povo transformado em nação e esta mobilizada para realizar a vontade do Estado, a função da constituição, como documento jurídico, não é mais regular e controlar o poder, mas viabilizar o seu exercício. A constituição liberal do século XIX é documento que expressa a soberania do Estado, a forma como ele se organiza, os ideais da nação, não mais documento que o subjuga, limita[61]. O executivo busca a grandeza nacional, enquanto o legislativo regula as relações sociais individuais (o Judiciário permanece como mera boca da lei).

Seguindo-se a tese de Gellner (1981), o nacionalismo surge no século XIX como corrida pelo desenvolvimento para que os Estados territoriais consigam competir com a Inglaterra da Primeira Revolução Industrial. A Inglaterra tornara-se a principal potência econômica e militar e os modelos políticos e econômicos dos demais países não eram capazes de acompanhar as transformações e aquisições do concorrente anglo-saxão. Os movimentos nacionalistas são reações sociais de grupos que pretendem fazer do Estado o

---

[61] É interessante notar que, antes de Napoleão, no ano anterior à primeira constituição francesa (de 1791), um comitê de juristas nomeados para rever a legislação afirmou, em um edito, que "as leis civis devem ser revisadas e reformadas pelos legisladores e um código geral com leis claras e simples, compatíveis com a Constituição, deve ser estabelecido" (*"the civil laws shall be revised and reformed by the legislators, and a general code of clear, simple laws* ***compatible with de Constitution*** *shall be established"* – ver Rosanvallon, 2007, p. 280, nota 30 – tradução livre, grifou-se). Há, aqui, indicativo de subordinação da lei à constituição no momento anterior à afirmação da nação-Estado francesa por Napoleão.

meio para esse desenvolvimento. Nessa linha, o nacionalismo liberal identificado por Hobsbawm (1990) é aquele em que o Estado busca expandir território, exército e recursos para tornar-se uma grande potência (a descrição de Hobsbawm possui bastantes semelhanças àquela feita por Bobbitt de “nação-Estado”). Dessarte, esse primeiro momento do nacionalismo é o que transforma o Estado na instituição que incorpora a nação, de modo que a grandeza do primeiro é equivalente à grandeza da segunda. O Estado é o ente que deve necessariamente se realizar na história, aquilo a que se volta o direito público, como se vê em Hegel (1997).

1.3 O esvaziamento do conteúdo moral do direito positivo e a “processualização” do direito.

O Estado, como entidade superior a se colocar no lugar da sociedade, ganha autonomia e passa a ser o responsável por condicionar o comportamento dos seus súditos e a decidir os rumos da nação. A sociedade internacional não é mais sociedade de soberanos, mas de Estados soberanos que disputam sua posição na história e no desenvolvimento econômico.

Rosanvallon (2007) mostra bem como o pensamento jurídico iluminista da transição do século XVIII para o século XIX permite essa inversão. Ao mesmo tempo em que o direito é visto como restrição ao poder, ele é percebido, outrossim, como elemento pedagógico de orientação e determinação das condutas dos membros na nação. “Legislador” torna-se, também, signo abstrato, ente racional que, por meio da razão natural, pode simplificar o direito e regular, coerentemente, todas as condutas sociais e prol da nação. Com a prevalência da nação-Estado, a visão do direito como elemento de regulação da sociedade prevalece sobre sua compreensão como instrumento de controle do poder. Naturalmente, as constituições liberais do século XIX são vistas como instrumentos para a atuação do Estado, não como instrumentos de proteção contra ele.

Nesse contexto, Foucault (2002) mostra como, para os pensadores do século XVIII, o direito penal se transforma, na medida em que o crime deixa de ser visto em sua conexão com a moral ou a religião (pecado) e passa a ser visto como infração que prejudica toda a sociedade. O pensamento sobre o direito penal ganha, assim, caráter utilitário, no sentido de maximizar o bem de todos. Nessa linha, o criminoso torna-se inimigo da sociedade, um inimigo interno.

Entretanto, essa visão dura pouco e a institucionalização do direito penal no século XIX leva à visão de direito que pretende modificar, normalizar o indivíduo, para que ele esteja adequado às expectativas de comportamento sociais. O conceito é o de periculosidade e, se o direito penal pune, agora o faz por meio da prisão, que é apenas uma das instituições sociais que se forma para controlar e disciplinar o indivíduo. A relação entre poder, saber e direito se volta para a prevenção do comportamento desviado e sua correção. Além da prisão, tem-se o surgimento da polícia, das instituições psiquiátricas, do exército, da escola e da pedagogia, entre outras, todas com função de disciplina. A sociedade e os indivíduos devem ser vigiados e disciplinados, no modelo mesmo da nova organização militar. O Estado é o garante da ordem e usa o direito como instrumento de correção e vigilância da sociedade, juntamente com as outras instituições citadas (Foucault, 2002 e 1999).

A consequência dessa visão do Estado é o esvaziamento do conteúdo do direito. Pois, se nos movimentos liberais o ordenamento jurídico e a constituição eram vistos como elementos normativos de proteção contra o poder para a garantia da igualdade e da liberdade, sob a égide da nação-Estado tornaram-se mera técnica de controle a ser utilizada pelo Estado para a garantia da ordem social. E a constituição perde a sua potencialidade como carta de direitos e se transforma na autorregulação do Estado para a racionalidade das suas instituições de controle.

O que deveria ter sido o governo pela regra do direito (*rule of law*), torna-se o governo pelo direito conforme determinado pelo Estado (*État de Droit*). A diferença mais evidente dessas duas formas de se encarar o direito fica marcada exatamente no direito constitucional. Enquanto na ideia de *rule of law* a constituição tem a função clara de limitar o poder, no *État de Droit* a constituição é fruto da vontade do Estado, serve para o permitir alcançar o que entende ser os desígnios da nação (BOBBITT, 2003). Portanto, se na ideia de *rule of law* a constituição é anterior ao Estado e de fato o constitui, no *État de Droit* a constituição é a autolimitação do Estado, que lhe é anterior. Nesse segundo sentido de constituição, no conflito entre ela e o poder prevalece o último, como protetor da integridade e do bem nacionais.

Agora o direito não é mais conteúdo que define o que o Estado pode ou não fazer, mas é apenas receptáculo vazio, simples técnica de expressão da vontade do Estado. Aqui está a virada que poderia ser chamada de processualização do direito. Ele passa a ser mero regulador do como fazer para realizar determinada vontade. O Estado se dá o direito para que possa

realizar algo, e determina como o particular pode alcançar o direito que o próprio Estado lhe confere. O indivíduo só é sujeito de direito porque o Estado (que para os liberais clássicos deveria apenas garantir e viabilizar direitos naturais que lhes eram anteriores) por deferência lhe concede direitos, que só podem ser realizados pelos procedimentos próprios que são também por ele estabelecidos. O direito processual, que deveria ter sido instrumento de proteção do indivíduo contra os abusos do judiciário, transforma-se em instrumento de controle dos particulares, que só podem reivindicar aquilo para o que o direito diz que existe uma ação, cuja razão material será determinada por um órgão do Estado. Não é à toa que se recupera o adágio romano que diz "para cada direito, uma ação". Se não há uma ação para reivindicar algo diante do Estado, o direito não existe, porque não foi concedido pelo ente soberano.

2. A sociedade fora do direito: três exemplos de reivindicação de direitos que não podem ser processualizados e o uso do direito para negar direitos.

A análise do tópico 1 buscou mostrar como as possibilidades emancipatórias do direito positivo moderno, bem como a ideia mesma de constituição, logo se transformaram em técnica de regulação de condutas. Aquilo que deveria permitir a manifestação de distintas subjetividades tornou-se, com o surgimento da nação e a supervalorização do papel do Estado, meio de normalização e homogeneização social. A consequência foi a exclusão de formas distintas de sociabilidade.

A conversão da sociedade (povo) em nação e a identificação desta com o Estado possibilitaram outra redução: a da política ao Estado. Quem faz a política não é mais a sociedade. A decisão pertence somente ao Estado e o direito é o instrumento de manifestação dessa decisão. O que não está expresso pelo direito não pode ser reivindicado, apenas proposto ao Estado para que ele analise a oportunidade de sua concessão.

Tal redução da política e do direito à vontade do Estado permite que este controle a aplicabilidade do direito, de acordo com suas conveniências. O direito não é voltado para a proteção do sujeito, mas para a atuação do Estado conforme suas necessidades. Esse fenômeno viabiliza que o Estado decida as situações de exceção para aplicação do direito, conforme a análise de Agamben (2004). A tese de Agamben é a de que o estado de exceção tornou-se a regra na aplicação do direito, o que é paradoxal, pois é o próprio direito a

permitir a recusa momentânea de sua aplicação, suspendendo-se o direito para garantir a atuação do Estado.

A lógica do estado de exceção é a de que o direito permite que o Estado o suspenda para poder agir livremente, garantindo o retorno da ordem, da *normalidade*. Assim, o que não está nos padrões determinados pela ordem do Estado, conforme estabelecido pelo direito, deve sofrer a intervenção estatal. Os direitos subjetivos, públicos ou privados, só podem ser exercidos em conformidade com a expectativa de normalidade estatal, não contra essa expectativa (o que é a inversão da concepção inicial do constitucionalismo moderno). Fora desse padrão, o Estado precisa agir para restabelecer a ordem e os sujeitos que a violaram não estão mais ao abrigo da lei. Como dito antes, o Estado é anterior e está acima do direito (o inverso do contratualismo liberal que deu margem aos primeiros direitos constitucionais fundamentais) e o "Estado de Direito" torna-se conceito que diz respeito ao Estado que se autorregula de acordo com suas necessidades e não o Estado limitado e submetido ao direito.

Essa condição do direito contemporâneo (que, deve-se frisar, é contingencial, não necessária) é bem analisada por Derrida (1992) quando trata da relação entre direito e justiça. Derrida mostra como concepções materiais de justiça transformam-se em direito, impedindo a manifestação de outras subjetividades. A proposta de Derrida é que a justiça deve ser considerada como vazio, porque, sempre que preenchida, gera exclusão. É necessário, dessarte, separar o direito, como garantia da ordem, da justiça, abertura de possibilidades para o outro. O problema é que a forma de concepção de Estado aqui trabalhada impede justamente essa abertura para a alteridade, portanto, para reivindicações fora do que estabelecido pelo direito.

A discussão de Derrida é feita a partir do exemplo do direito de greve, tal como na discussão elaborada por Walter Benjamin (2004). Benjamim pretende traçar uma relação entre direito e violência, e busca demonstrar como o direito está relacionado à violência do Estado, que procura legitimá-la exatamente a partir do aparato jurídico. O exemplo de Benjamin, recuperado por Derrida, é o do direito de greve.

O autor alemão sustenta que a greve era ato político, de resistência contra a opressão do modelo econômico do século XIX. Num primeiro momento, a greve era proibida, como violação da ordem jurídica estabelecida, e, como tal, repreendida pela reação violenta do Estado. Como as greves

passaram a ser inevitáveis, o Estado mudou sua estratégia. Legalizou-a, mas dentro da normalidade por si admitida. Agora os trabalhadores podem fazer greves, mas apenas dentro dos limites estabelecidos pela ordem estatal. O que era fenômeno político de contestação transforma-se em direito subjetivo que só pode ser reivindicado em conformidade com lei. Fora do que a lei estabelece, não há o que ser reivindicado. O Estado, com sua força, normaliza a política e torna legítimo só aquilo que ele mesmo estabelece pelo direito. Mais uma vez, o direito é apenas instrumento para a manifestação da vontade do Estado, mero procedimento.

As reconstruções aqui feitas sobre a transformação da perspectiva do direito e da constituição como instrumentos de controle do Estado para técnicas procedimentais de manifestação da sua vontade, bem como a descrição de como isso possibilita a naturalização da exceção como instrumento para preservar o Estado contra o direito e contra a violação da ordem por si estabelecida, permitem usar como exemplos os fenômenos das manifestações de julho de 2013, dos rolezinhos e do Complexo Penitenciário de Pedrinhas para mostrar como o que direciona a reação institucional a esses fenômenos é exatamente a concepção de direito, constituição e Estado aqui criticada. Os três exemplos, por mais que sejam muito distintos e independentes, possuem liame comum: demonstram como ainda se concebe que aquilo que está fora do estabelecido como normal, jurídico, pelo Estado deve sofrer a sua reação pela violência institucionalizada (única possível e legítima), ainda que para isso parcela da população, aquela que não se enquadra na normalidade, tenha de ter seus direitos fundamentais previstos na constituição suspensos, a configurar verdadeira situação de exceção.

2.1 Manifestações de 2013, "rolezinhos" e Complexo Penitenciário de Pedrinhas – a exceção como elemento comum a três fenômenos distintos.

As manifestações de 2013 foram movimentos que reuniram milhares de pessoas pelas ruas de cidades por todo país. Do Rio Grande do Sul ao Nordeste pessoas uniram-se em passeatas com as mais diversas reivindicações. O estopim foi o aumento das tarifas de ônibus em várias capitais brasileiras, mas logo a insatisfação geral com o Estado tornou-se patente em todas as esferas, tendo como focos principais os serviços públicos

e a corrupção[62].

A surpresa com relação às manifestações tem relação com alguns pontos que precisam ser mencionados. Em primeiro lugar, a espontaneidade dos movimentos. Com o recurso de redes sociais diversas, pessoas em todo país eram incitadas a participar dos protestos. A adesão se deu por grupos variados, sem distinção de sexo, cor, idade ou classe social. Assim, as passeatas eram formadas por conjuntos de pessoas bastante representativos da sociedade brasileira.

Outro ponto surpreendente, que, inclusive, dificultou o controle das autoridades e a análise da imprensa, foi a ausência de pauta clara de reivindicação. As pressões, os gritos de guerra, os conflitos com a polícia apresentavam grande espectro de insatisfações. Iam desde as tarifas de ônibus, passavam pela péssima qualidade na prestação dos serviços públicos e chegavam ao combate à corrupção (o julgamento do mensalão petista era o grande caso do momento). Essa característica das manifestações (a pluralidade) trazia outra consigo: a ausência de liderança dos movimentos. Diante dessa situação, os governos não podiam chamar as lideranças para sentarem à mesa de negociação, porque não havia liderança e não havia pauta a negociar. Portanto, era impossível controlar fenômeno tão espontâneo.

A falta de liderança e a generalidade e variedade das reivindicações, bem como sua espontaneidade, impedem a identificação de algum direito que possa ser traduzido em demanda judicial. Na impossibilidade de encontrar um direito “processualizável” (um direito que se possa reivindicar em juízo, a possibilitar uma forma de contrato negociado), o Estado se colocou na posição de recuperar o controle, a ordem. Quando não há pauta de reivindicação, quando o que se tem é descontentamento, não há como o Estado agir de forma a negociar um direito subjetivo (um direito que está previsto em lei e que, por isso, pode ser exigido) ou de criá-lo a partir dos procedimentos por si estabelecidos. Sua reação, portanto, é a de recuperar o controle da situação por meio do uso da força institucionalizada. Como o Estado possui o monopólio da força, qualquer reação agressiva contra tal uso acaba por aumentar a reação do Estado, que procura manter a sua legitimidade por meio do discurso de violação do direito por parte dos que não se submetem.

A consequência foi a rotineira violação de direitos individuais por

---

[62] Há uma retrospectiva das manifestações que culminaram nos atos do mês de junho de 2013 na matéria “Resultados das manifestações de junho”, publicada no portal G1. Disponível em: http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/. Acesso: 25/05/2015.

parte da polícia, exatamente o aparelho de repressão do Estado. O poder público reivindicava o direito de reagir para restabelecer a normalidade da situação. Sem um direito subjetivo garantido por um direito objetivo, as manifestações eram vistas como mera desordem, fora do campo do direito. Não é de se estranhar, portanto, que o Estado não reconhecesse os direitos fundamentais de manifestantes, pois eles estavam em situação fora da racionalidade jurídica estatal. Por outro lado, aqueles que usam a violência contra tal atitude do Estado não só violam o direito, mas a própria ordem estatal. São inimigos do modelo de sociedade previsto no ordenamento jurídico. Como inimigos, sofrem a reação das instituições que incorporam a nação e têm seus direitos constitucionais também violados (na ótica do Estado, suspensos), alvos da reação policial também fora dos limites estabelecidos pelo próprio direito. É claro, assim, que o Estado só se reconhece vinculado ao seu próprio direito quando o cidadão está dentro dos parâmetros de comportamento juridicamente reconhecidos. Se ele os viola, deixa de ser sujeito de direito e não está mais protegido juridicamente, ainda que a violação seja forma de reagir contra a não realização de direitos pelo Estado.

Outro fenômeno que causou problemas na aplicação do direito pelo Estado e deixou clara a tendência do governo brasileiro de raciocinar com a lógica da exceção foram os movimentos de jovens que, por meio de convites em redes sociais, decidiram ocupar e passear em *shoppings centers* de alto padrão. Tal fenômeno foi bem diverso do que aconteceu nas manifestações de junho, mas levou a consequências muito semelhantes no que respeita à reação do aparelho estatal e desrespeito a direitos fundamentais. Apesar de não serem movimentos de reivindicações políticas, os chamados rolezinhos despertaram a ira de parcela da sociedade com maior potencial aquisitivo, incomodaram a imprensa e geraram reações muito próximas daquelas ocorridas durante as manifestações.

Os rolezinhos foram um acontecimento bem simples. Jovens de periferia, com poucas alternativas, mas com alguma capacidade econômica para desejarem itens de consumo de grifes e com acesso à internet e às redes sociais passaram a estimular seus encontros nos grandes centros comerciais das cidades, frequentados por pessoas de alto poder aquisitivo (principalmente se comparados a eles). O que era para ser brincadeira saiu do controle e milhares de jovens passaram a participar de tais encontros, gerando verdadeira confusão nas rotinas de compras dos clientes habituais das lojas. Os jovens, que queriam se divertir e mostrar suas presenças em grandes locais de

compras, foram imediatamente identificados como pobres e, por extensão, como marginais em potencial.

A presença dessas pessoas em ambientes que não lhes pertencem originariamente criou medo e confusão[63]. Houve verdadeira criminalização em abstrato e a diferença econômica foi o fator de transformação de tais jovens em potenciais bandidos, a por em risco a segurança e a propriedade de clientes e lojas dos centros comerciais. Isso fez com que fossem tratados concretamente como violadores da ordem (não da lei, porque com relação a ela as violações foram esporádicas e facilmente controladas). Mais uma vez, o que estava em questão não eram os direitos, mas a capacidade de controle e de manutenção da normalidade.

Além de ser uma reação para comodidade dos clientes habituais dos locais “invadidos” pelos jovens das periferias das grandes cidades, o uso desmedido da força policial contra situação que não apresentava em si nenhuma violação jurídica demonstrou que o que estava em jogo era a capacidade de manter a normalidade diante de fatos não previstos juridicamente. O direito não proibia a atitude dos jovens, mas também não fora criado prevendo tal fenômeno. Daí o uso indiscriminado e indevido da força policial: suspendem-se os direitos dos participantes dos rolezinhos (dos constitucionais aos de consumidores) para que as expectativas do Estado sobre a realização do direito sejam efetivadas.

Pelo simples fato de não se amoldarem à expectativa de funcionamento do direito por parte do Estado e de parcela da sociedade, os jovens que participaram dos rolezinhos foram colocados em situação de exceção. Essa situação vem à tona quando se pensa na maneira como vieram as propostas de solução do problema: a necessidade de opções de lazer na periferia, para que os jovens ficassem lá e não onde não eram esperados ou desejados. Não eram consumidores (apesar de o Código de Defesa do Consumidor proteger o direito de estarem lá) e seu direito ao lazer não deve ser exercido fora do local que normalmente ocupam.

O terceiro caso a ser usado como reflexão é o do Complexo Penitenciário de Pedrinhas[64]. Há pouco tempo saíram em vários meios de

---

[63] “Ausência de ações culturais na periferia ajuda a entender ‘rolezinho’” – matéria publicada no Valor Econômico em 21/01/2014. Disponível em: http://www.valor.com.br/politica/3401774/ausencia-de-acoes-culturais-na-periferia-ajuda-entender-rolezinho. Acesso: 25/05/2015.

[64] Uma visão geral da situação de Pedrinhas pode ser encontrada no “Relatório de visitas ao sistema prisional do Estado do Maranhão pelo Conselho Nacional do Ministério Público –

informação e comunicação notícias sobre a situação de completo descaso pela qual passavam os condenados que lá cumpriam suas penas. No presídio, vivem em situação de total abandono, em que nenhum dos direitos afirmados pela Constituição ou pela Lei de Execuções Penais lhes é garantido ou reconhecido. Não são protegidos pelo Estado e estão sujeitos a todo tipo de violência, seja entre eles, seja aquela proveniente dos próprios agentes públicos.

A situação de Pedrinhas mostra o retorno à visão do criminoso como inimigo da sociedade, visão essa travestida de tentativa de ressocialização do preso, na lógica do controle sobre o corpo para a sua normalização e fim da periculosidade, tal como narrado por Foucault. No entanto, sob a desculpa de proteger a sociedade, pessoas que vivem na mesma condição da maior parte da população são tratadas como se não possuíssem direito algum, e isso sob o discurso de aplicação do próprio direito. Ou seja, o Estado reivindica o poder de aplicar toda a força que ele se dá por meio do aparelho penal, mas não se vê vinculado a nenhuma realização de direito que se refira à contenção e à determinação de alguma finalidade a esse poder que não o mero controle. Pedrinhas mostra de maneira crítica aquilo por que passam todos os presidiários do país, em maior ou menor grau: a sujeição de todo indivíduo ao Estado e a impossibilidade de reivindicação de suas condições de sujeitos de direitos. Não podem se rebelar contra o poder público e precisam contar com a benesse do Estado para terem algum direito.

Os três fenômenos aqui referidos, mesmo que muito distintos entre si, mostram a mesma estratégia de ação do Estado par colocar pessoas em situação de exceção, suspendendo seus direitos para garantir o exercício do seu poder de determinação da ordem, ainda que à custa do que previsto na Constituição e no resto de todo o ordenamento jurídico. A racionalidade do Estado é de que ele está acima e é anterior à Constituição, e esta está condicionada às possibilidades de reconhecimento e aplicação dados pelo próprio Estado. Não é à toa que o direito de resistência, visto por Locke (1978) como direito natural decorrente do próprio contrato social e depois declarado no artigo II da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução

---

CNMP". Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relat%C3%B3rio_Maranh%C3%A3o.pdf. Acesso: 25/05/2015. Veja-se, também, a matéria "Relatório do CNJ sobre prisões do Maranhão prevê maior cobrança às autoridades do estado", publicada no portal do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61198-relatorio-do-cnj-sobre-prisoes-do-maranhao-preve-maior-cobranca-as-autoridades-do-estado. Acesso: 25/05/2015.

Francesa, deixa de ter o caráter de exceção do contrato não cumprido, nos moldes do direito privado, e passa a ser negado veementemente, porque a ordem mantida pelo Estado não pode ser colocada em risco, ainda que o Estado viole os direitos que ele mesmo concedeu.

2.2 – O tênue limite entre defesa da ordem e fuga da ordem: a regulação constitucional das situações de emergência.

Dentro da lógica de “a cada direito corresponde uma ação”, segundo a qual o direito subjetivo é condicionado por um direito objetivo dado pelo poder central, o Estado brasileiro é dotado de mecanismos que regulam as situações excepcionais de garantia da ordem. Em tais casos, é o próprio ordenamento que dá ao Estado a possibilidade relativizar a aplicabilidade de alguns direitos que protegem os indivíduos contra o uso da força institucionalizada. O Estado está dotado do direito subjetivo de agir, dentro dos limites estabelecidos, enquanto os sujeitos veem restringidos seus direitos de oposição contra o uso da força pelo Estado. Esse é o caso da intervenção federal, do estado de defesa e do estado de sítio, institutos constitucionais (previstos nos artigos 34 a 36; 136 e 137 a 139, respectivamente).

A intervenção, o estado de defesa e o estado de sítio são institutos constitucionais que servem para permitir ao Estado agir com menos restrições no combate a situações de crise, como aquelas que envolvem o grave comprometimento da ordem pública. No caso de aplicação, pelo Presidente da República, de algum desses institutos, desencadeia-se, juntamente com a restrição de aplicabilidade de alguns direitos fundamentais, todo um conjunto de controle para que o abuso seja evitado.

O decreto do Presidente, nos três casos, deve especificar a abrangência, o tempo de duração do ato e as medidas coercitivas a serem adotadas, sendo que, no caso de estado de defesa ou de sítio, as medidas estão determinadas pela constituição. O decreto, nas três situações, está submetido à apreciação do Congresso Nacional e pode por ele ser rejeitado. Assim, o legislativo controla a execução dos atos, que não são propriamente de exceção, porque não há a suspensão da ordem jurídica ou de direitos, apenas a flexibilização de alguns deles.

Entretanto, a Constituição Federal também deu às Forças Armadas a competência de, por iniciativa dos poderes constitucionais, defender a lei e a

ordem (artigo 142). Para regular essa atuação, foi editada a Lei Complementar n. 97/1999. Seu objetivo é organizar as forças armadas e o seu emprego, que, segundo o artigo 15, § 2º, inclui a atuação nos casos de esgotamento dos instrumentos policiais previstos no artigo 144 da Constituição. Todavia, não há, na lei complementar, regulação clara sobre como usar as forças armadas ou quando reconhecer tal esgotamento. Há apenas a previsão de que o reconhecimento cabe ao Presidente da República (artigo 15, § 3º). No entanto, uma vez que as forças armadas sejam acionadas pelo presidente, a ação deve ocorrer "de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado" (§ 4º do artigo 15 da Lei Complementar n. 97/1999).

Já o Decreto 3.897/2001, que fixa as diretrizes para o emprego das forças armadas especificamente na garantia da lei e da ordem, determina que é competência exclusiva do presidente a decisão do seu emprego. A atuação militar deve ocorrer dentro dos limites legais impostos às polícias militares. Já para o caso de intervenção, estado de defesa e estado de sítio, o presidente deve editar diretrizes específicas.

A regulação da ação das forças armadas no combate à desordem social veio com a Portaria Normativa do Ministério da Defesa n. 3.461, publicada em dezembro de 2013 (poucos meses após as manifestações que balançaram as legitimidades dos poderes públicos no Brasil nas três esferas federativas). A portaria traz como anexo espécie de manual que conceitua e regula as operações militares de garantia da lei e da ordem.

De acordo com a publicação do Ministério da Defesa, as operações de garantia da lei e da ordem devem ser realizadas quando a estrutura policial prevista pelo artigo 144 da Constituição falhar, o que, como já dito, é de competência do Presidente da República reconhecer. As ações devem acontecer de forma episódica, dentro de tempo determinado e em área previamente estabelecida (tópico 1.5 da portaria). Ademais, as operações devem seguir os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e legalidade, definidos na publicação[65]. Há, também, preocupação em especificar que as forças armadas devem se pautar pelo uso progressivo da força e as ações

---

[65] "4.1.2 A Razoabilidade será verificada de acordo com a compatibilidade entre meios e fins da medida. As ações devem ser comedidas e moderadas. 4.1.3 A Proporcionalidade é a correspondência entre a ação e a reação do oponente, de modo a não haver excesso por parte do integrante da tropa empregada na operação, a fim a ser preservada ou restabelecida a segurança local. 4.1.4 A Legalidade remete à necessidade de que as ações devem ser praticadas de acordo com os mandamentos da lei, não podendo se afastar da mesma, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso." ("Garantia da Lei e da Ordem" – Portaria Normativa n. 3.461/MD-2013.)

devem ocasionar a menor intervenção possível na rotina da população (tópicos 4.2.3.2 e 4.2.3.3).

A portaria prevê, ainda, aquilo que as forças armadas podem enfrentar, sem, contudo, classificá-los como inimigos propriamente, mas como "forças oponentes": "a) movimentos ou organizações; b) organizações criminosas, quadrilhas de traficantes de drogas, contrabandistas de armas e munições, grupos armados etc; c) pessoas, grupos de pessoas ou organizações atuando na forma de segmentos autônomos ou infiltrados em movimentos, entidades, instituições, organizações ou em OSP, provocando ou instigando ações radicais e violentas; e d) indivíduos ou grupo que se utilizam de métodos violentos para a imposição da vontade própria em função da ausência das forças de segurança pública policial" (tópico 4.3.2).

A regulação legislativa para o uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem, conforme previsto no artigo 142 da Constituição Federal, traz reflexão interessante sobre o uso do aparelho do Estado para manutenção da sua capacidade de impor a força com a suspensão da ordem jurídica. Isso porque, conquanto fale da legalidade nas ações militares, normatizando o uso da força militar apenas na inviabilidade das forças policiais, as situações que permitem o uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem são muito similares às situações de decretação de estado de defesa ou intervenção federal.

A maneira que o Estado brasileiro regulou o uso militar em casos de manutenção da ordem, ao mesmo tempo em que procurou derecionar as ações ao respeito à legalidade, deu ao presidente e aos demais poderes a capacidade de requisitar o uso da força militar fora dos limites extraordinários definidos pela constituição. No uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem não há o controle das forças armadas e do poder executivo por parte do legislativo, por exemplo.

2.3 – As estratégias de legalização do estado de exceção.

Não bastasse o Estado ter se dado o direito subjetivo de usar as forças armadas fora dos casos constitucionais excepcionais, procura agora se dar o direito de agir com ainda mais liberdade em situações em que se vê enfrentado pela população que exige o devido cumprimento dos direitos constitucionais. Como visto acima, quando o que está em questão é a

execução, pelo Estado, de direitos constitucionais, quando esses direitos não são colocados na estrutura de direito subjetivo que possa ser demandado por meio de um processo, o Estado tende a não reconhecer a obrigação de sua realização, entendendo que a concretização do direito permanece na sua esfera de discricionariedade para agir dentro de seu critério de conveniência e oportunidade.

Por outro lado, quando tais direitos não têm mecanismos processuais de exigibilidade, as demandas passam para a esfera da política, cuja característica é o conflito[66]. Nessa circunstância, os direitos da população e a observância do Estado das regras jurídicas que regulam a realização dos direitos sociais e a observância da moralidade pública ficam na esfera de discricionariedade do Estado, que os realiza apenas dentro de limites de eficácia a serem determinados de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade do próprio Estado. Assim, à população, desprovida de instrumentos jurídicos eficazes para fazer observais tais direitos, resta o caminho do conflito político.

Já quando o Estado se vê limitado pelas regras a si mesmo impostas no enfrentamento de tais demandas, usa de seu poder soberano de definir o direito em seu benefício, ampliando sua capacidade de uso da força por meio da legalidade, que deveria limitá-lo. Assim, o Estado não dá aos cidadãos comuns os direitos que deveria realizar e bloqueia-lhes os meios de demanda; transforma as demandas não jurídicas em desordem e se dá o direito subjetivo de atuar com mais força para recuperar a capacidade de controle da normalidade jurídica.

Vinculado à imagem de legalidade e uso legítimo da força, o Estado reduz a legitimidade à lei e se autolegitima. Não satisfeito com os mecanismos de imposição da ordem que já flexibilizam limites constitucionais, agora o Estado brasileiro quer ampliar sua capacidade de atuação: utiliza de meios de suspensão de direitos individuais para aumentar sua capacidade de controle em nome da realização da lei e da ordem.

O primeiro deles foi o recurso à Lei de Segurança Nacional para lidar

---

[66] Ao criticar os modelos morais de filosofia da justiça, ao estilo de John Rawls e Jürgen Habermas, Chantal Mouffe (2005) demonstra como a política se dá pelo conflito agonístico em sociedade, característico da relação amigo inimigo. Aquilo que não pode ser levado para a decisão racional das condições do diálogo ou cujas condições não foram devidamente institucionalizadas para permitir a reivindicação, transforma-se em conflito político e cabe às instituições públicas garantir que tal conflito não leve à eliminação do outro. No presente caso, vê-se que o Estado se encontra na seguinte situação: não cria os meios para realização dos direitos sociais reivindicados e não age em conformidade às regras de direito que regulam a moralidade pública, mas se dá as condições para reagir contra tais exigências.

com situações de desordem em manifestações. Legislação que entrou em vigor ainda na época da ditadura, a Lei n. 7.170/1983 trata como crimes atitudes que ponham em risco a integridade territorial; a soberania nacional; o regime representativo e democrático; a federação e o Estado de direito (art. 1º). A peculiaridade dessa lei está em que o processo é de competência da justiça militar e a investigação é de competência da polícia federal.

Além disso, a Lei de Segurança Nacional cria tipos penais vagos de controle social, como os de incitação à subversão da ordem política ou social; à animosidade entre as forças armadas ou entre elas e as classes ou instituições sociais; à luta violenta entre as classes sociais ou à prática de qualquer outro crime nela tipificado (artigo 23). Para concluir a análise daquilo que aqui importa sobre a essa lei, o artigo 33 permite a prisão para custódia por até 30 dias com a incomunicabilidade do investigado pelos cinco primeiros dias de prisão durante as investigações. Situações excepcionais que aumentam o poder de controle do Estado sobre o indivíduo e de execução mais fácil do que aquelas previstas nos procedimentos criminais comuns.

O uso da Lei de Segurança Nacional nos casos de manifestação não é propriamente suspensão de direitos, mas demonstra a capacidade do Estado de generalizar situações excepcionais, o que permite a inversão da lógica constitucional de limitação do exercício institucional da força e privilegia a lógica da concepção de constituição como afirmação da ordem estatal concedida como benesse do soberano aos seus súditos. Quando precisa recuperar a capacidade de impor a ordem e o ordenamento jurídico, o Estado busca meios de diminuir direitos que deveriam limitá-los, ao tempo em que amplia seu próprio direito de usar a força.

A aplicação da Lei de Segurança Nacional gera, contudo, duas dificuldades. A primeira delas diz respeito a uma questão técnica: o dolo é específico, é necessário demonstrar a vontade de violar a integridade territorial, a soberania, atentar contras os chefes dos poderes da União, contra o regime representativo, a federação ou o Estado de direito. Todavia, as manifestações reivindicam exatamente o oposto, surgem como movimentos de afirmação da democracia e do Estado de direito, acusando o Estado de violá-los. O enquadramento forçado da desordem e da eventual prática de crime comum leva à perda de legitimidade e de legalidade do argumento estatal de retomada da normalidade. Os desvios estão dentro das previsões abstratas do direito, aplicáveis para esses casos.

A segunda dificuldade surge da imagem pejorativa que carrega a lei: foi editada ainda durante a ditadura e seu artigo 23 não deixa dúvida da finalidade mal mascarada de conter movimentos sociais e políticos que se opusessem ao regime autocrático da época. Uma lei criada para um momento excepcional numa circunstância política de arbitrariedade institucionalizada tem o efeito reverso para o Estado (que, além de tudo, fica na dependência do seu judiciário para aplicá-la): demonstra o abuso e o desrespeito aos direitos constitucionais fundamentais, bem como disfarça mal sua atuação sem limites.

Com o intuito de superar tais dificuldades e de institucionalizar, por meio da lei, o abuso da força contra os "cidadãos", está em voga a discussão sobre a tipificação do crime de terrorismo no Brasil. Após a sociedade civil ter enfrentado a polícia em 2013 e aproveitando suspeitas de possível atuação do Estado Islâmico no Brasil, retorna à pauta do Congresso Nacional a discussão para aprovação do Projeto de Lei n. 499/2013, da Comissão Mista destinada a consolidar a legislação federal e a regulamentar dispositivo da Constituição Federal. O projeto pretende justamente definir os crimes de terrorismo.

É fundamental, portanto, verificar como é proposta, no projeto, a tipificação do crime de terrorismo. Dois dispositivos chamam mais a atenção: o artigo 2º, que dá a tipificação geral ("provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa ou tentativa de ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação de liberdade de pessoa. Pena – reclusão, de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos"), e o artigo 4º, que cria o "terrorismo contra coisa" ("provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante dano a bem ou serviço essencial. Pena – reclusão de 8 (oito) a 20 (vinte) anos").

A redação é ampla o suficiente para enquadrar no tipo de "terrorismo" casos de manifestações que acabam por se desenvolver em confronto com a polícia, já que o § 1º do artigo 4º coloca estádio esportivo e sede de qualquer dos poderes constitucionais dentro do âmbito de abrangência do conceito de "bem ou serviço essencial". A redação parece dar a entender que para o crime basta o resultado: caso a ação resulte em medo generalizado, o que é muito comum em hipóteses de conflitos sociais entre grupos manifestantes e aparelho repressor do Estado, estaria configurado o crime de terrorismo. Assim, a regulamentação do terrorismo acaba sendo mais rigorosa que a prevista na Lei de Segurança Nacional, em que se pode identificar o elemento subjetivo específico.

Não há na redação da lei a previsão de dolo específico, como

motivações ideológicas ou políticas ou ataque a princípios ou instituições democráticas. O texto se aproxima da responsabilidade penal objetiva. A ser aprovado e sancionado dessa maneira, qualquer movimento social que entre em conflito com o poder institucionalizado do Estado poderia ser enquadrado como terrorismo. Tal conteúdo legal deixaria os limites da atuação do Estado nas mãos do próprio Estado. Aquilo que não puder ser processualizado ou resolvido por meio da definição e reconhecimento de direitos objetivos concedidos como benesse do Estado não pode ser demandado por meios políticos. Além disso, o Estado consegue de vez proibir que a sociedade civil o enfrente e define seu aspecto soberano que surgiu com a nação-Estado no século XIX: só é direito aquilo que ele concede como tal. As formas de reivindicá-los são aquelas estabelecidas pela ordem jurídica por ele criada. Quando o Estado não realiza a ordem jurídica, só os meios formais institucionalizados podem ser usados como reivindicação, quando eles falham a população deve se conformar. E, como a ordem é colocada acima dos direitos, o único controle que existe do poder do Estado são os procedimentos que ele mesmo estabelece para sua atuação.

Conclusão.

As manifestações sociais e os movimentos de reivindicação de direitos que não seguem a lógica do adágio “para todo direito existe uma ação” têm criado problemas para se pensar a legitimidade de demandas sociais e de direitos fundamentais. A redução do direito a essa lógica é aqui chamada “pensamento processualístico”, porque reduz a forma de pensar o direito positivo ao modelo do direito processual.

Contudo, é importante lembrar que o surgimento do positivismo jurídico como corrente de pensamento do direito está diretamente vinculado ao constitucionalismo. Inicialmente, o que está por trás da redução do direito às normas postas é a pretensão de regular e limitar os poderes do soberano para a garantia da liberdade dos indivíduos. Porém, o surgimento do conceito de nação a substituir o conceito de povo e a redução do interesse público à vontade do Estado mudaram essa compreensão, tornando o direito instrumento de realização da vontade do Estado, manifestação da sua soberania.

Tal mudança no entendimento do papel do direito positivo (de limitador da atuação do Estado para instrumento de sua atuação) permite o abuso de poder e a sua posição fora do ordenamento jurídico, como elemento

de conformação da própria ordem social. A consequência disso é que o Estado está em posição de usar o direito para negar direitos, para utilizar toda a sua força contra aqueles que não têm meios institucionais de reivindicar mudanças políticas, sociais ou jurídicas. Essas pessoas ficam em situação equivalente à de estado de exceção, porque as proteções jurídicas que se lhes aplicariam são flexibilizadas sob o argumento da necessidade de o Estado retomar e restabelecer a ordem social. Os casos das manifestações de junho, dos rolezinhos e do Complexo Penitenciário de Pedrinhas são bons exemplos dessa estratégia do Estado.

Por seu turno, o poder político institucionalizado, para mascarar a ausência de limitação, procura dar ares de legalidade à sua atuação, concedendo a si mesmo o direito de dizer quando a ordem foi violada e quando os indivíduos não estão sob a proteção dos direitos fundamentais. Estes direitos só se aplicam quando o poder do Estado não está em risco. Pode-se identificar essa postura do aparelho repressor do Estado brasileiro no seu uso das forças armadas para a manutenção da lei e da ordem sem que seja necessário recorrer aos institutos constitucionais da intervenção federal, do estado de defesa e do estado de sítio (que permitem maior controle institucional de sua atuação); na tentativa de se aplicar a Lei de Segurança Nacional a eventuais crimes comuns cometidos em manifestações e na forma como o Congresso Nacional propôs a tipificação do crime de terrorismo.

É necessário considerar, contudo, que a forma de ver o direito como mero instrumento de atuação do Estado é apenas uma possibilidade e uma opção política concreta. É necessário repensar o papel da constituição e do próprio direito positivo para que se possa retomar a compreensão dos direitos fundamentais e as ações políticas como formas de manifestação da liberdade moderna, liberdade que se manifesta como proteção contra todas as formas de opressão.

Referências.

AGAMBEN, Giorgio. (2004), *Estado de exceção*. Traduzido por Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo.

BECCARIA, Cesare. (1997), *Dos delitos e das penas*. Traduzido por José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BENJAMIN, Walter. (2004), Critique of violence. *In*: ________. *Selected*

Writings. Edited by Marcus Bullock and Michael W. Jennings, Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press.

BOBBITT, Philip. (2003), *A guerra e a paz na história moderna*: o impacto dos grandes conflitos e de política na transformação das nações. Traduzido por Cristiana Serra, Rio de Janeiro: Campus.

BOBBIO, Norberto. (1995), *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone.

______. *Locke e o direito natural*. (1997).Traduzido por Sérgio Bath, 2.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

BODIN, Jean. (1999), *On Sovereignty*: four chapters from 'The Six Books of the Commonwealth'. Edição de tradução para inglês de Julian H. Franklin, Cambridge University Press.

CAENEGEM, R. C. van. (1988), *The birth of common law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.

DERRIDA, Jacques. (1992), *Fuerza de Ley*: el fundamento místico de la autoridad. Traducción de Adolfo Barberá y Antonio Peñalver. *In*: Doxa, vol. 11, p. 129-191.

ELIAS, Norbert. (1993), *O processo civilizador*. Vol. 2: Formação do Estado e civilização. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

FIORAVANTI, Maurizio. (2001), *Constitución*: de la Antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. s/l: Editorial Trotta.

FOUCAULT, Michel. (2002), *A verdade e as formas jurídicas*. Traduzido por Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, 3. ed. Rio de Janeiro: NAU.

______. (1999), *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Traduzido por Raquel Ramalhete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GELLNER, Ernest. (1981), *Nacionalismo e Democracia*. Traduzido por Vamireh Chacon *et allii*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. (1997), *Princípios da filosofia do direito*. Traduzido por Norberto de Paula Lima, 2. ed. São Paulo: Ícone.

HOBSBAWN, Eric J., (1990), *Nações e nacionalismo desde 1780*: programa, mito e realidade. Traduzido por Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino, 3. ed. São Paulo: Paz e Terra.

LOCKE, John. (1988), *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Traduzido por Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural (Coleção "Os Pensadores").

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. (2002), *Do espírito da leis*. Traduzido por Jean Melville, São Paulo: Martin Claret.

MORABITO, Marcel. (2008), *Histoire constitutionelle de la France* (1789-1958). 10. ed. Paris: Montchrestien.

MOUFFE, Chantal. (2005), *On the political*. New York: Routledge.

ROSANVALLON, Pierre. (2007), *The demands of liberty*: civil society in France since the Revolution. Translated by Arthur Goldhammer. Cambridge: Harvard University Press.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (2000), *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. (2001), *A constituinte burguesa* (Qu'est-ce que le Tiers État?). 4. ed. Traduzido por Norma Azevedo, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SIMON, Henrique Smidt. (2006), Aborto de anencéfalo e interpretação exegética: uma discussão à luz da decisão do STJ no HC n. 32.159/RJ. *Atena*: revista integrada dos cursos jurídicos IESB e Metropolitana, v. 1, p. 3.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Jaime Leônidas Miranda Alves,

Introdução

A evolução do Direito acompanha – com razoável atraso – a evolução da complexidade das relações sociais, em sua tentativa de atuar ativamente como mecanismo de controle social. Diante disso, observa-se a superação do direito natural, 'substituído' pelo direito positivo, e posteriormente a virada linguística que levou à superação da teoria positivista pela do direito neoconstitucional.

Conquanto as teorias em torno da melhor interpretação/aplicação do Direito continuem se desenvolvendo, o problema da tutela jurídica da irradiação dos direitos fundamentais, ainda subsiste, o que exige, de certa forma, uma quebra com sistemas clássicos no sentido de impor à ciência jurídica um novo paradigma.

É nesse sentido que dialogam os defensores do novo constitucionalismo latino-americano, desdobramento do neoconstitucionalismo que implica na superação do conceito europeu de Estado único (em valores culturais), e impõe uma nova arquitetura dos Estados ditos pluriculturais, justamente no sentido de assegurar, em seus aspectos eficacionais, o axioma dos direitos e garantias fundamentais de diversos grupos culturais.

Com uma série de reformas constitucionais recentes impulsionando o movimento do novo constitucionalismo latino-americano, indaga-se: qual o tratamento regalado, sob o prisma do novo constitucionalismo latino-americano, à questão dos direitos fundamentais?

O presente trabalho se justifica pela relevância do tema a ser estudando, nas esferas da ciência do Direito, na sociedade e, também, como material de referência à comunidade acadêmica.

Nesses termos, tem-se que já há algum tempo, a pesquisa científica na área do Direito vem se voltando a questões do chamado novo paradigma

constitucional do Direito;

Com efeito, o que se pretende é levar a pesquisa um passo a frente, traçando dois paralelos históricos: destarte se buscará esmiuçar os aspectos de evolução das teorias constitucionais, remontando o período histórico no qual o Direito era visto como comando divino, mais adiante o período de aplicação estritamente positiva do direito, até o período de advento dos Estados constitucionais, perfazendo os momentos do constitucionalismo clássico, neoconstitucionalismo e adiante, o novo constitucionalismo latino-americano e, por conseguinte, atrelar esses conceitos apreendidos, com a evolução histórica e eficacional percorrida pelos direitos fundamentais, que hoje já são concebidos como conquista das gerações.

Para tanto, far-se-á uso do método dialético, tendo a dialética fornecido as bases para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade.

1 O novo constitucionalismo latino-americano como forma de superação do neoconstitucionalismo

O positivismo jurídico é tido como uma ruptura epistemológica ao direito natural e consequência natural do germinar do Direito na condição de ciência[1]. Com efeito, com a vinda à tona do método jurídico positivo, o direito natural deixou de ser considerado inerente à condição de pessoa humana, e necessitou ser transcrito em Lei para que não tivesse esvaída sua normatividade.

[1] Segundo entende Reale (2008, p. 63) a origem do Direito, como experiência humana, remonta à Grécia, todavia apenas em Roma que adquiriu forma autônoma e rigorosa, quando se passou a construir uma unidade sistemática. Aduz o autor que foram os povos do Lácio que primeiro tiveram a compreensão do que era preciso discriminar e definir os fatos jurídicos – tipos - , determinando as relações constantes entre eles – leis – com o fim de que se alcançasse’ determinadas premissas – princípios. Foi dessa organização de estruturas lógicas que surgiu a Ciência do Direito.

A respeito desse aspecto de transição do jusnaturalismo para o positivismo, aduz Bobbio (1995, p. 146):

> O estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação. O direito estatal e o direito natural não estão numa relação de antítese, mas de integração. O que muda na passagem não é a substância, mas a forma; não é, portanto, o conteúdo da regra, mas o modo de

fazê-la valer.

O Direito se organizou no século XIX no anseio de se estruturar como uma fonte de conhecimento exato. A ciência jurídica foi sistematizada por um método,[67] centralizando-se como reflexo do que era estabelecido pela Lei, tendo a doutrina e a jurisprudência papel secundário. Nesse sentido, o positivismo pode ser compreendido como “a pretensão de reduzir o Direito a um conjunto sistemático e cerrado de normas positivistas” (GARCIA DE ENTERRA, 1984, p. 17)

O positivismo jurídico é a aplicação da doutrina positivista de Comte3, que, afastando a metafísica de seu domínio, tornou-se “a manifestação intelectual do absolutismo estatal. Nesse sentido, tem razão Bobbio quando diz ser o positivismo jurídico a corrente do pensamento jurídico para qual não existe outro direito senão o positivo”. (GUSMÃO, 2010, p. 390)

Nesse escopo:

> Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para não os confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que presupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral” (KELSEN, 2006, p. 75).

O problema do determinismo legal aplicado ao caso concreto fez com que surgisse um movimento cuja pretensão se resumia em passar a compreender o direito sob o prisma de uma teoria pós-positivista. Essa corrente destacou-se por reintroduzir alguns aspectos, tais como o valor moral, na teoria da interpretação do Direito. Com efeito, “a superação do positivismo implica abandono do modelo em que as regras ocupam o centro do ordenamento jurídico” (SILVA, 2011, p. 282). Reconhece Silva (2011, p. 283) o pós-positivismo como o início da busca por uma função antropológica do Direito, que só se tornaria plena com o advento do neoconstitucionalismo.

Pós-positivismo e neoconstitucionalismo são formas de superação à teoria do direito positivo, todavia, a doutrina mais avançada, aponta distinções que impedem que estas se confundam, visto que, segundo Streck,(2007) “é incompatível o pós-positivismo com o neoconstitucionalismo.”

---

[67] Lênio Streck (2007, p. 166) afirma que o predomino do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer.

Nessa esteira, faz-se necessário analisar ambas as correntes de pensamento jurídico com o fim de bem compreender suas peculiaridades. Quanto ao pós-positivismo, vale dizer, tem-se que este tratou de resolver o problema da subsunção do direito positivo, promovendo uma reconstrução ética do Direito, afastando-se da Escola da Exegese do século XIX[68].

O pós-positivismo, consentânea lição de Reale, (2008, p. 319) esgueira-se numa posição eminentemente empírica, de natureza deontológica6 – por que daí se falar em ontognoseologia jurídica - valendo-se de processos indutivos construtores de arcabouços teóricos que dão base à uma teoria tridimensional de aplicação do direito. O autor fornece pontos teóricos para a teoria do pós-positivismo quando dispõe que a hermenêutica pós-positivista se configuraria em interpretar as leis, coordená-las em institutos, sistematizá-las em unidades maiores e cuidar dos processos de sua aplicação concreta.

No que tange à virada linguística corresponsável pelo advento do neoconstitucionalismo, e com isso a superação de vez, do modelo positivo, tem-se que este se caracteriza pela percepção de Constituição como ferramenta, que deverá ter seu conteúdo confirmado ou não pela hermenêutica constitucional.

> Nesse diapasão, cumpre destacar que a Constituição é elevada à condição de *Grundmethode*, ou, como aduz Streck(2007, p. 313) "uma regra que estabeleça a aplicação dos métodos insere-se no esquema subsuntivo-dedutivo, com clara inserção no paradigma metafísico-objetificante."

Assim, segundo leciona Cambi (2007, p. 6-7) a ideia do neoconstitucionalismo significa dizer que as normas constitucionais tem forma normativa, devendo ser reconhecido o caráter jurídico imperativo de suas regras e princípios.

Observa-se, assim, o neoconstitucionalismo, como modelo jurídico que tem como fim a busca pela função antrolopológica do Direito em sua plenitude e a consecução do Estado Ideal7, perquirido por Dworkin. Nesse jaez, Supiot (2007, p. 46):

Ora, o neoconstitucionalismo inaugura o Estado Constitucional Moderno, ou dito de outra forma, a modernidade político-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica e dos

[68] A Escola da Exegese teve como um de seus mais autorizados estudiosos, Julien Bonnecase, a qual atravessou três fases: a de formação (1804-1830), a do apogeu (1830-1880) e a de declínio (de 1880 em diante). Considerado um movimento tipicamente francês, não somente por sua origem vinculada ao advento do Código Civil Francês (*Code Napoleón*), mas também pelo clima de ideias, de alguma sorte cartesianas, em que se formaram seus conceitos e tendência

direitos humanos. Para Cruz (2006, p. 9) o Estado Constitucional, funcionando como mecanismo garantidor do princípio democrático, está constituído “por princípios, regras e instituições”.

O neoconstitucionalismo se destaca por levar a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, fator que pode ser comprovado pelo fenômeno crescente de constitucionalização do direito ordinário.

A constitucionalização é consequência direta do advento do Estado Social, ou *Welfare State* que subjugou a supremacia da propriedade, primado do Estado Liberal ao interesse da coletividade. Oliveira, (2010, p. 113) afirma que, ao passo que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Federal e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade, proporcionando, assim, um viés principiológico que aproxima o Estado para com o cidadão.

Barroso (2006, p. 20) preleciona que, em decorrência do fenômeno de constitucionalização do direito, todos os principais ramos de direito infraconstitucional tiveram, em maior ou menor quantidade, previsão constitucional. Dispõe que “a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário...” e mais além.

Vem a lume, no neoconstitucionalismo, o fenômeno de positivação dos princípios que, antes consubstanciados na forma de princípios gerais do Direito, agora possuem força normativa, visto terem sido contemplados nas Cartas constitucionais modernas. É certo que “os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceituações rígidas, que acabaram por transformá-los em regras”. (SILVA, 2011)

Por fim, compreende-se, como o faz Silva (2011, p. 293) que o neoconstitucionalismo tratou de introduzir no ordenamento jurídico elementos de natureza moral e axiológica. Por conseguinte, a proteção trazida pela Constituição Federal aos indivíduos, na virada do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo ultrapassa os fundamentos puramente principiológicos e transforma a ideia de justiça substantiva em dogma.

No seio do neoconstitucionalismo, observa-se que os princípios constitucionais são tidos como aspectos fundamentais na aplicação do direito

ao caso concreto. Desta feita, ocorre uma verdadeira celeuma doutrinária e jurisprudencial quando tais princípios, considerados norte, não tem seu conceito bem definido, tal qual ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana.

De forma mais recente que o movimento de neoconstitucionalismo, datado do segundo pós guerra, desenvolveu-se uma teoria que aponta similaridades entre modificações a nível de constituição em alguns países da América Latina: fala-se do novo constitucionalismo latino-americano.

O novo constitucionalismo latino-americano pode ser compreendido como movimento de descolonização do Direito, propondo um redirecionamento jurídico em favor das populações desconsideradas em suas necessidades fundamentais (MARTÍNEZ DALMAU; VICIANO PASTOR, 2010, p. 18-19).

De forma similar ao neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo latino-americano encontra seu centro normativo das Constituições dos Estados soberanos. Além disso, outro aspecto em comum diz respeito à posição dos princípios em uma interpretação do direito segundo a linha do novo constitucionalismo latino-americano.

A distinção entre os dois movimentos de releitura do direito positivo encontra-se no fato do constitucionalismo latino-americano encontrar "fundamento não em correntes jusfilosóficas, mas na sociologia e na antropologia, apontando, assim, para as condições sociais e históricas concretas." (NÓBREGA, 2014, p. 522) Afora o fato de se ter como objetivo a fundação de "Estados pluriétnicos e democráticos, voltados à descolonização" (NÓBREGA, 2014, p. 522)

A releitura do direito constitucional na América Latina se destacou tendo em vista uma constância: a característica do pluralismo cultural de seus povos. Com a necessidade de redesenhar o modo como o direito constitucional projeta a irradiação de tutela sobre povos multiculturais, os princípios, como visto ocuparam espaço de destaque.

2 Direitos fundamentais: conceituação necessária

Os direitos fundamentais se configuram como o mínimo necessário à existência digna das pessoas. Representam a evolução do Estado de Direito e refletem uma conquista de gerações. Limitam a atuação estatal, ao mesmo tempo que obrigam o Poder Público a agir positivamente, no sentido de garantir

situações existentes no plano jurídico.

Sobre os direitos fundamentais, dispõem Pieroth e Schlink (2011, p. 46) que é possível reconhecer duas linhas: por um lado, direitos fundamentais entendidos como direitos humanos do indivíduo e, portanto, anteriores ao Estado; e o rol de direitos que cabe ao indivíduo uma vez que este é visto como membro do Estado. Nessa hipótese, é o Estado que outorga os direitos fundamentais.[69]

Direitos fundamentais são elementos essenciais da ordem jurídica nacional, e nesse tempo, se distanciam dos direitos humanos, uma vez que, conquanto aqueles se limitam sistemicamente ao estabelecido em determinada ordem constitucional, os direitos humanos possuem caráter universal.[70]

A respeito do conceito de direitos fundamentais, faz-se alusão à lição de Brega Filho (2002, p.1), para quem:

> [...] os direitos fundamentais seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana. [...] Dessa forma, dentro do conteúdo dos direitos fundamentais devemos incluir todos os direitos necessários para a garantia de uma vida digna, sejam eles individuais, políticos, sociais e de solidariedade.
>
> As normas jusfundamentais são caracterizadas por possuírem fundamentalidade formal e material. A fundamentalidade formal “resulta en suposición em la cúspide de la estrutura escalonada del orden jurídico en tanto derecho diretamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial.” (ALEXY, 2002, p. 503). Fundamentalidade material, como se vê, se consubstancia na forma de uma contraposição dos modelos constitucionais extremos, seja puramente procedimental, ou puramente material.
>
> A fundamentalidade material está relacionada ao caráter

[69] O que é comum, assim como o que distingue as duas linhas, pode-se definir ainda com mais precisão: dado também a ideia jurídico-natural de uma liberdade e igualdade anteriores à sociedade e ao Estado não ignora que o ser humano não pode viver sem sociedade e sem Estado, também ela, com a “anterioridade” dos direitos fundamentais, se refere à necessidade de fundamentação jurídica da sua limitação. Anterior ao Estado é, nos direitos fundamentais (“direito natural positivado”), o fato de o seu exercício não necessitar de justificação em face do Estado e de, pelo contrário, ser o Estado a ter de justificar a sua limitação dos direitos fundamentais. A evolução alemã reconheceu inteiramente este princípio; só de maneira hesitante alargou unicamente o âmbito em que o poder do Estado estava sujeito ao requisito de justificação. Enquanto a América do Norte e a França aferiam já a origem do Estado (soberania do povo) e a América do Norte e a França aferiam já a legislação (primado da Constituição) pelos direitos fundamentais, a Alemanha submeteu-lhes, durante muito tempo, unicamente a Administração (reserva de lei; cf. n.m 334). Só o art. 1º, n. 2 e 3, faz dos direitos fundamentais a base e o critério do exercício de todo o poder do Estado. (PIEROTH, SCHLINK, 2011, p.46-47)

[70] Os direitos humanos são, de um lado, elementos essenciais de cada ordem jurídica nacional. De outro, eles ultrapassam o sistema nacional. Essa superação do sistema nacional diferencia-se em dois aspectos: um substancial e outro sistemático. Os direitos fundamentais ultrapassam o sistema nacional de forma substancial porque, se eles devem fazer jus às exigências que lhe são estabelecidas, hão de contemplar os direitos humanos. Os direitos humanos, porém, tem uma validade universal, independentemente de qualquer positivação. (ALEXY, 2008,p. 1)

principiológico dos direitos fundamentais, visto que “los derechos fundamentales y las normas iusfundamentale son materialmente fundamentales porque com ellas se tomam decisiones sobre la estrutura normativa básica del Estado y de la sociedade.” (ALEXY, 2002, p. 505)

Sobre os direitos fundamentais, insta consignar que se tratam de direitos judiciáveis, ou seja, a limitação de sua eficácia em razão da inércia do Poder Público possibilita ao particular tirar o Judiciário de sua condição estanque, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecido constitucionalmente no art. 5º, XXXV da Carta Política.

O caráter ‘judicável’ dos direitos fundamentais, para Bõeckenfõrde vem como decorrência da conexão entre o conteúdo jurídico-objetivo e o conteúdo jurídico-subjetivo. Nessa esteira, preleciona que *“losderechosfundamentales como derechos de liberdadtienencaracter de pretensión frente al poder público* [...] *Suviolaciónpuede ser atacada amei procedimento judicial ordinário.”* (BÕECKENFÕRDE , 1993, p. 117)

Canotilho (2003, p. 1176) afirma que a Constituição estabelece “em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas.”

Nesse sentido, e também com base em Habermas, (2002) os direitos fundamentais são possuidores uma natureza deontológica, uma vez que fazem surgir para o Estado o mister de agir. O movimento neoconstitucional trouxe o entendimento de que os direitos fundamentais não contem apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote)*, mas expressam postulados de proteção. (*Schutzgebote*) Sob o prisma do Estado, os direitos fundamentais se revestem tanto de uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), como proibição de omissão (*Untermassverbot*)[71].

Nesse diapasão, o que se quer dizer é: em razão dos direitos fundamentais se configurarem como baluartes do Estado de Direito e, por conseguinte, implicarem na existência de direitos positivos vinculados, estes, ao passo que limitam a obrigação do Estado – gerando um dever de não-fazer – coagem o mesmo Estado a tomar providências positivas – o que, no plano das políticas públicas acaba por gerar o debate em torno do ativismo judicial.

---

[71] É nesse sentido que – como contraponto da assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente promoção dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão. (*Untermassverbot*). Nesse sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção. (SARLET, 2012, p. 210)

Não se pode deixar de comentar que toda a teoria acerca dos direitos fundamentais deve ser analisada consoante o entendimento de uma evolução histórico-jurídica. É, com efeito, essa evolução que permite falar em dimensões dos direitos fundamentais.

A despeito das dimensões dos direitos fundamentais, Sarlet (2001, p. 49-50) afirma que a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, apenas,“para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno.”

A origem da luta por direitos que assegurassem juridicamente condições mínimas de existência digna a todos remete-se à Revolução Francesa. É certo que a Revolução Francesa teve como pilar os primados da liberdade, igualdade e fraternidade e foi, nestes termos que o constitucionalismo clássico estruturou a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

A primeira dimensão corresponde ao anseio por liberdade e vem no sentido de delimitar a atuação do Estado. Segundo Bonavides (2006, p. 563-564): “os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico.” São, portanto, direitos de resistência ao Estado; com os direitos de primeira dimensão está o indivíduo dizendo até onde pode o Estado agir.

Já no tocante aos direitos fundamentais de segunda dimensão, Marmelstein (2008. p.50), defende que, de maneira diversa ao que ocorre na primeira dimensão, de caráter da não intervenção, a segunda dimensão de direitos, prima pela anecessidade de interferência do Estado nos aparelhos sociais de forma a consolidar uma sociedade igualitária.

Nesse espeque, fala-se nos direitos fundamentais sociais, remetendo-se, para tanto, aos gritos por igualdade da Revolução Francesa. Consentânea lição de Barros, (2010, p. 102) a categoria dos direitos sociais emergiu, entre os séculos XVIII e XIX, em razão da necessidade de se atender às reinvindicações da classe trabalhadora. Outra possível explicação, de natureza marxista, atrela o surgimento dos direitos sociais ao modelo capitalista de Estado, que necessitou conceder certos direitos aos trabalhadores, para que, além de trabalhadores se tornassem também consumidores.

A terceira dimensão de direitos fundamentais ou humanos traz a

lume a discussão do jus fraterno. Isso posto, as discrepâncias da sociedade de massa deram ensejo a uma discussão do Direito como forma de, além de legitimar a justiça distributiva e comutativa, também garantir a justiça social.

Fala-se, por conseguinte, em uma proteção estatal que ultrapasse a esfera do indivíduo, perfazendo uma proteção coletiva. Os direitos de terceira dimensão são, assim, os classificados na doutrina como direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos e têm como objeto, entre outras matérias, a proteção ao meio ambiente, a autodeterminação dos povos, o patrimônio comum, a defesa do consumidor, etc.

O constitucionalismo clássico classificou as dimensões – ou gerações – de direitos fundamentais até a terceira dimensão. A doutrina constitucionalista moderna, todavia, aponta o surgimento de uma quarta e também quinta dimensões. Consigna-se que, embora grande parte dos estudiosos a tenha acolhido a teoria da quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, ainda não existe corrente pacificada quanto ao que, de fato, venha a compor esse rol de direitos.

Nesse jaez, Bobbio (2004) considera que os direitos fundamentais de quarta dimensão "tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética," entendimento apoiado por Wolkmer[11]. Noutro giro, para Bonavides, a quarta dimensão implica em direitos surgidos do desenvolvimento político das nações.

Sobre a quinta dimensão de direitos fundamentais, Bonavides (2006, p. 85) explana que se trata do direito à paz. Afirma que:

> Tão característico e idôneo quanto à liberdade o fora em relação aos direitos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta e doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta. De último, a fim de acabar com a obscuridade a que ficara regalado, o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior.

Conquanto ainda haja divergências acerca da existência da quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, é certo que os direitos se apresentam como garantia jurídica de respeito ao mínimo existencial, sofrendo mutações ao passar do tempo com o intuito de se adequar à evolução da sociedade.

3 A tutela jurídica dos direitos fundamentais na constância do novo constitucionalismo latino-

americano

Conforme visto, os arcabouços teóricos que fundamentam o novo constitucionalismo latino-americano convergem no sentido da construção de um novo paradigma na tutela dos direitos fundamentais. Cumpre agora, analisar aspectos concretos desse movimento, com o fim de confirmar/desmistificar essa tese.

Com efeito, o novo constitucionalismo latino-americano surgiu como resposta à três grandes revoltas populares: a revolução do Caracaço, na Venezuela, no final da década de 80, a Guerra do Gás, de 2003, na Bolívia e os protestos no Equador, em 2005.

O que se seguiu foi a reconstrução da geografia política desses três países, com a promulgação de novas constituições que levantavam a bandeira de "*un constitucionalismo sin Padres.*" (FAGUNDES; WOLKMER; 2011, p. 384)

Nesse diapasão, resgatou-se a ideia de Estado como meio, e não mais como fim em si mesmo; como instrumento que se legitimará apenas quando garantir os aspectos eficacionais dos direitos assegurados juridicamente a seus habitantes.

A releitura do direito constitucional na América Latina se destacou tendo em vista uma constância: a característica do pluralismo cultural de seus povos. Com a necessidade de redesenhar o modo como o direito constitucional projeta a irradiação de tutela sobre povos multiculturais, os princípios, como visto ocuparam espaço de destaque.

Segundo Baldi (2011, p. 10) o novo constitucionalismo latino-americano se caracteriza, dentre outros, pela capacidade inovadora dos textos, buscando a integralidade e uma nova institucionalidade. Tal é claramente perceptível na leitura do art. 8º da Constituição boliviana de 2009, que estabelece :

> El Estado asume y promueve como principios ético-morales de lasociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seasflojo, no seas mentiroso niseasladrón), suma qamaña (vivirbien), ñandereko (vida armoniosa), *tekokavi (vida buena), ivimaraei (tierrasin mal) y qhapajñan (camino o vida noble).*

Ademais, o art. 1º da aludida Carta Política explica tratar-se a Bolívia de um Estado Unitário Social de Direito Pluricultural Comunitário, o que indica, por si só, que o constituinte boliviano comunga dos ideais do novo constitucionalismo proposto.

A menção ao caráter plurinacional representa a ideia de construção de uma nação identificada com os interesses dos diversos grupos historicamente suprimido, no sentido de que "*la plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertinência común a una etnia, cultura o religión"* (SANTOS, 2010)

Essa busca por se firmar como sociedades não mais homogeneizadas também se vê latente nas Constituições da Venezuela – "*el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural enun Estado*" (preâmbulo da Constituição Bolivariana da Venezuela) - e do Equador - *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.* (Art. 1º da Constituição do Equador)

Com efeito, a reconstrução constitucional proposta nesses países é balizada especialmente na certeza de se consubstanciarem como países multiculturais e, justamente multiculturalismo, na lição de Touraine (2006, p. 169) representa a novidade de grupos definidos em termos de nação, etnia ou religião e que, até certo tempo, só tinham existência na esfera privada e que adquirem agora existência pública, às vezes forte o suficiente para que se passe a questionar o seu enquadramento em determinada sociedade nacional.

Essa definição de multiculturalismo ou nação multicultural proposta por Touraine deve ser interpretada conjuntamente com a teoria discursiva de Alexy (2006) acerca dos direitos fundamentais, para quem a existência dos direitos fundamentais se justifica em sua necessidade, e em nada mais.

Resta claro, por conseguinte, que o ideal defendido pelo movimento do novo constitucionalismo latino-americano é justamente propor mudanças na geometria política dos Estados, de forma a propiciar que os axiomas contidos nos direitos fundamentais alcancem a todos os grupos. Está-se frente ao produto de uma antítese, possível apenas quando se aceita a tese de superação de Estado uno, tal qual idealizado por Schmitt[72].

---

[72] O princípio da identidade parte do pressuposto de que não existe nenhum Estado sem povo. Esse princípio é tanto mais presente em uma forma política quanto mais o povo, entendido como "sujeito de toda determinação conceitual do Estado" seja capaz de atuação política em virtude de uma homogeneidade forte e consciente. (...). A identidade, contudo, requer diferença. Por um lado, uma democracia tem que conceber todos os homens como sendo iguais, a partir de um determinado núcleo de identificação, como ideias de raça e de fé comuns, de destino e tradições comuns. Mas por outro lado, a igualdade interna tem como contraposição uma desigualdade que no mais das vezes lhe é externa. (...). Para Schmitt, um

Nesse jaez, tem-se que o novo paradigma constitucional ora em apresso, vem como uma resposta tardia para uma política de colonização e desconstrução de identidade, praticada desenfreadamente pelo 'colonizador' europeu. Nas palavras de Magalhães (2010, p. 16):

> De forma diferente da Europa, onde foram construídos Estados nacionais para todos que se enquadrassem ao comportamento religioso imposto pelos Estados, na América não se esperava que os indígenas e negros se comportassem como iguais, era melhor que permanecessem à margem, ou mesmo, no caso dos povos originários (chamados indígenas pelo invasor europeu), que não existissem: milhões foram mortos. (MAGALHÃES, 2010, p. 16)

Essa tentativa de hegemonizar ou universalizar as diversas culturas existentes era, na verdade, parte de um plano maior de construir um modelo de Estado nos moldes do Estado europeu uno.

Com efeito, o Estado Constitucional Moderno de Schmitt, fundamentado no constitucionalismo eurocêntrico se institucionaliza quando cria barreiras, fecha suas fronteiras e separa, de modo analítico, amigos de inimigos. Nesse cenário, "inimigos" são todos aqueles que são diferentes. Ora, tal teoria nunca poderia prosperar em se tratando dos Estados componentes da América Latina, visto que a diferença – de etnia, cultura, etc. – é característica marcante desse povos.

E por isso mesmo é que se diz que no novo paradigma posto pelo novo constitucionalismo latino-americano busca-se instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, como o princípio da democracia participativa, ao passo em que toda a arquitetura estatal – fundamentada em princípios, em detrimento de regras – se configure no mister de superar o antigo sistema colonial e, com isso, trazer à tona setores há séculos marginalizados.

Considerações finais

O presente trabalho se desenvolveu sob a óptica da dialética. Significa dizer, o estudo concentrou-se na análise do fenômeno do novo constitucionalismo latino-americano, partindo da construção lógico-argumentativa entre tese, antítese e síntese. Como tese, partiu-se do conceito de neoconstitucionalismo como *standard* para o constitucionalismo ocidental; a

---

povo somente existe quando ele pode determinar autonomamente, existencialmente, quem é amigo e quem é inimigo. (MAIA, 2007, p. 211)

antítese: o novo constitucionalismo latino-americano como novo paradigma de aplicação/interpretação do Direito e tentativa de sua descolonização e, por fim, a síntese que é o surgimento de novas arquiteturas constitucionais, no sentido de resgatar os direitos fundamentais dos Estados multiculturais.

Diante do exposto, como é próprio da dialética, a síntese se configura em nova tese, diante da qual novas construções epistemológicas serão inseridas. Não se fala, portanto, em conceitos fechados, mas em uma análise precisa, integrante de um processo de construção do conhecimento.

Com efeito, pode-se perceber que a partir de três revoluções populares, Venezuela, Bolívia e Equador passaram por modificações na geografia política de seus Estados, promulgando Constituições com nítido caráter popular, social e multicultural.

Essas modificações correspondem ao movimento do novo constitucionalismo latino-americano: uma superação da teoria neoconstitucional que, malgrado tenha como fim a consagração dos direitos fundamentais, se limita a estruturar o Estado uno, sem preocupação com as diferenças existentes em estados pluriculturais.

Nesse diapasão, o novo constitucionalismo latino-americano, tal qual observado no Equador, Bolívia e Venezuela, propõe uma proteção jurídica ampla e social; um Estado que se estruture por meio da legitimidade popular, e por isso mesmo, é visto como meio de consecução e tutela de direitos, e não um fim em si mesmo. Daí por que se aceita a hipótese de que o novo constitucionalismo latino-americano acaba por representar a consagração dos direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. *In:* ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg et al. (org.) *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais:* um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 67-76.

_____________. *Colisão e ponderação* como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais, mimeo. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98.

____________. Discouse Theory and Fundamental Rights. In: MENÉNDEZ,

Agustín; ARGUING, José; ERIKSEN, Erik Oddvar. *Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006.

____________. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros 2008.

____________. *The ArgumentformInjustice.* A replyto Legal Positivism. Tradução BonnieLitschewskiPaulsone Stanley L. Paulson. Oxford: Claredonpress, 2002.

BARROS, Carlos Alberto Galvão. *A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional.* São Paulo: Biblioteca24horas, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.* Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BÕECKENFÕRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre DerechosFundamentales.* Novos Verlagsgesellschaft Baden-Baden: Novos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juazes de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional,* 6º ed., rev. Coimbra: Almedina, 1993.

DWORKING, Ronald. *Uma questão de princípios.* 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GARCÍA DE ENTERRA. *Reflexiones sobre La Ley y lós PrincipiosGenerales Del* Derecho. Madrid: Editora Civitas, 1984.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do* Direito. 43 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Plurinacionalidade e cosmopolitismo:* A diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles.

Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 53, p. 201-216, jul./dez. 2008.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *O Guardião da Constituição na Polêmica Kelsen-Schmitt:*Rechsstaat como referência semântica na memória de Weimar. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília sob a orientação do professor doutor PAIXÃO, Cristiano. Brasília, aprovada em outubro de 2007.

MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generalesdelnuevo constitucionalismo latinoamericano.*In*: *EL NUEVO constitucionalismo en América Latina:* memorias delencuentro internacional elnuevo constitucionalismo: desafíos y retos para elsiglo XXI. Corte Constitucional delEcuador, Quito, 2010.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. Os ventos sopram do “sul”: considerações sobre o novo constitucionalismo latino americano In: *Teoria do estado e da constituição*.

Organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, José Filomeno de Moraes Filho, Janaína RigoSantin. – Florianópolis : CONPEDI, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo*: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos fundamentais.* Tradução de António Francisco de Souza, São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. *Filosofia do* Direito. 20ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado em Latino America:* perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade:* Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

___________________. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 2ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2001.

___________________. *Criminologia e sistemas penais contemporâneos.* Ruth

Maria ChittóGauer (org.). 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 197-224.

STRECK, LenioLuis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

__________________. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

___________________. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.* Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus:* ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007.

SILVA, João Carlos Carvalho da.Neoconstitucionalidade e discricionariedade judicial*. In: Tutela dos Direitos humanos e fundamentai:* ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito. Boreal Editora, 2011.

TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje.* Trad. Gentil Avelino Titton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. *Direito em Debate,* Ijuí, n. 16/17, p. 9-32, jan-jun 2002, p. 19.

_________________.; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano:* Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011

A HERMENÊUTICA E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NO ÂMBITO DO PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ NO CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL

Jordana Da Silva Soares,

INTRODUÇÃO

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, percebe-se o fenômeno do ativismo judicial como parte da ascensão institucional do Poder Judiciário e a permissão legislativa para que o fenômeno seja aceito como instituto jurídico.

Consultando-se livros sobre o tema, percebe-se a dificuldade em construir uma definição específica sobre o ativismo judicial. A certeza que se apresenta é que há dois vieses: (i) o viés finalístico em que há o compromisso com a expansão dos direitos individuais; e (ii) o viés comportamental no qual prevalece a visão pessoal de cada magistrado na interpretação da norma constitucional.

Nesse contexto, justifica-se a pesquisa por força da importância em entender adequadamente o ativismo judicial e demonstrar o elo de conexão entre a hermenêutica e a interpretação do direito.

O objetivo geral da pesquisa é o de estudar a hermenêutica e a interpretação do direito no ativismo judicial. Os objetivos específicos são os de: (i) apresentar o histórico da hermenêutica e da interpretação do direito; (ii) desenvolver as técnicas e críticas do tema; e (iii) compreender como o poder discricionário do juiz atua no ativismo judicial.

A metodologia de pesquisa empregada é a revisão de literatura com leitura e análise dos autores mais representativos do tema.

1. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

1.1. Evolução Histórica da Hermenêutica Jurídica

Percebe-se a presença da hermenêutica desde a Antiguidade. Em Roma, por meio da figura dos pretores e jurisconsultos, constata-se como acontecia a aplicação do Direito. O estudo desenvolvia-se por meio da análise de caso concreto. A maneira como essa acontecia, a par dos fatores que envolviam a situação concreta, contribuíram na busca de uma técnica que lhes propiciasse a resolução dos conflitos ora existentes. Assim, surgiram as primeiras práticas jurídicas, muitas vezes com caráter obrigatório (CAMARGO, 2011, p.25).

A história mostra a importância da religião para a difusão da hermenêutica. Em primeiro plano, surge a dificuldade de se interpretar com fidelidade a palavra de Deus por meio da leitura da Bíblia e os ensinamentos relacionados ao Antigo e ao Novo Testamento. Dessa necessidade, surge um modelo de interpretação facilitador para ampliar a compreensão dos textos sagrados que dá origem à Teologia e ocasiona o caráter exegético da hermenêutica, também conhecida como zetética, palavra oriunda de *zetein,* que significa perquirir e dogmática oriunda de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar -, conforme palavras da autora:

> Durante a Idade Média, a análise sistemática sobre a evidência da revelação divina deu origem à Teologia, e a hermenêutica assumiu aspecto exegético da correta interpretação dos textos sagrados, dando ensejo ao seu desenvolvimento no campo filológico. (CAMARGO, 2011, p.25).

Aspecto exegético ou zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico. À medida, porém, que esse espaço é aberto, elas se incorporam ao campo das investigações jurídicas, sob o nome de Sociologia do Direito, Filosofia do Direito, Psicologia Forense, História do Direito etc. Existem, além disso, investigações que se valem de métodos, técnicas e resultados daquelas disciplinas gerais, compondo, com investigações dogmáticas, outros âmbitos, como é o caso da Criminologia, da Penalogia, da Teoria da Legislação etc. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 39-44).

No campo do direito, a hermenêutica incorpora o método escolástico a fim de justificar a crença em determinada doutrina e defender sua autoridade,

como o *Corpus Iuris Civilis* e a Bíblia, dando origem ao surgimento da dogmática jurídica (CAMARGO, 2011, p. 27).

Paralelamente, o mesmo método foi aplicado no Romantismo e no Renascimento para recuperar obras literárias, buscando a fiel interpretação de seus textos ou que chegasse o mais próximo de seu original.

Interpretação e hermenêutica possuem o mesmo significado até este momento, contudo se desassociam a partir da necessidade de análises mais especificas como esclarece Margarida Maria Lacombe Camargo:

> ... É com o movimento da Ilustração e o pensamento científico moderno que interpretação e hermenêutica deixam de significar a mesma coisa. A hermenêutica passa, então, a se comportar como ciência preocupando-se com as técnicas próprias do fazer interpretativo. E ao investir na questão do método, a hermenêutica ganha particular importância para a Filosofia e para a Teoria do Conhecimento ( )... e é apenas com a Fenomenologia desenvolvida por Husserl e Heidegger que ela passa a ser vista como *compreensão*, revelando-se na consciência do próprio ser. (2011, p. 31).

Para Pablo Jimenéz Serrano, o campo de ação da hermenêutica e da interpretação apresenta nítidas diferenças: a “interpretação é o processo pelo qual se determina o sentido e o alcance da norma ao ser identificada com uma relação jurídica”, ao passo que “hermenêutica é parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e sistematização dos processos interpretativos” (2002, p.21).

O estudo da teoria da interpretação do direito direciona o intérprete para a busca do porquê das normas, a construção sistemática de sua existência, a sua eficácia, visto que as normas são feitas voltadas para o interesse público e assim devem ser interpretadas. A interpretação procura:

> *A voluntas legis, não a voluntas legislatoris* – escreve Ferrara; procura a vontade *actual* da lei, não a sua vontade no momento da aplicação: não se trata, pois, de uma vontade do passado, mas de uma vontade sempre presente enquanto a lei não cessa de vigorar. É dizer que a lei, uma vez formada, se destaca do legislador, ganhando consistência autónoma; e, mais que isso, torna-se entidade viva, que não apenas corpo inanimado, ou mero facto histórico “fechado e concluído”. (FERRARA, 1978, p.16).

Na lição de Francesco Ferrara, verifica-se o alcance da norma, sua atualidade e autonomia após a sua aprovação e ingresso no mundo jurídico, bem como o seu caráter generalista.

1.1.1. Predomínio da Escola da Exegese no pensamento jurídico.

Para Camargo, “característico do impulso cientificista que prima pela certeza, a atividade do jurista deveria ser mais objetiva e neutra possível. Em nenhum momento o juiz deve colocar sua índole à mercê da interpretação da lei de forma a desconfigurar a verdadeira “vontade do legislador”. Dessa maneira, acredita-se na regeneração da Ciência do Direito (Civil) pela Escola Exegese.” (2011, 66-67).

Verifica-se, neste momento histórico, uma enfática proteção à emissão da norma estritamente objetiva, impedindo qualquer interferência de seu emissor. O que dá causa a um abismo entre o juiz e a lei positivada, pois é fato que aquele necessita exercitar compreensão dos fatos sociais, logicamente respaldados no ordenamento jurídico, mas seu limite criativo é a própria norma escrita, e esta necessita ser atualizada no momento de sua aplicação devido ao desenvolvimento eminente da sociedade. “Interpretar uma lei implica desenvolver um processo onde se vinculam a razão, a sabedoria e a experiência ao conteúdo das relações jurídicas e das proposições prescritivas” (SERRANO, 2002, p.14).

Por conseguinte, cabe ao executor a tarefa necessária e autorizada no próprio códex.

> As leis positivas são formuladas em termos gerais, fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para consegui-lo, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (MAXIMILIANO, 2011, p.01).

Esse entendimento é expressamente claro no que diz respeito à delicada e essencial tarefa do intérprete que faz extensão da lei escrita, estática, emanada do legislativo para alcançar seu destino final que é a de resguardar direitos e deveres de uma sociedade pluralista.

A hermenêutica jurídica se constitui como uma técnica para a interpretação correta das leis, seguindo determinado sistema e regras já estabelecidas (SERRANO, 2002, p.19), ou para Carlos Maximiliano, é por meio

da hermenêutica jurídica que se desenvolve o processo de estudo e conhecimento das expressões do direito (2011, p.01).

Camargo traz uma reflexão acerca dos perigos do domínio da Escola Exegética que, propondo uma supremacia do legislativo, deixa o Direito em posição inferior, sob o domínio absoluto do Estado tornando-se veículo para emitir sua vontade.

1.2. Desenvolvimento da Hermenêutica

Segundo Paulo Nader, "interpretar o direito é revelar o sentido e o alcance de suas expressões. Fixar o sentido de uma norma jurídica é descobrir sua finalidade; é por a descoberto os valores consagrados pelo legislador, àquilo que teve por mira proteger" (2011, p.263).

O momento de aplicação da norma é um dos mais característicos do Direito Positivo, é dizer além do que está escrito, é explicar o sentido que a norma possui e entender o que o legislador disse no período de sua criação. É uma ação que necessita de conhecimentos técnicos, de probidade (honestidade de propósito, fidelidade do intérprete a suas convicções e agir sem deixar se levar pelo interesse), de serenidade (tranquilidade espiritual) e, principalmente, do equilíbrio que vai garantir a firmeza da coerência. (NADER, 2011, p.262).

No entanto, há questões que permeiam os hermeneutas, entre elas: o intérprete deve considerar: a vontade da lei ou do legislador? Sobre tal pergunta surgem duas correntes doutrinárias que defendem a teoria subjetiva e a teoria objetiva. A primeira, com origem na Escola Exegese, defende a vontade do legislador, ou seja, a lei não poderia ser interpretada a não ser para descobrir qual era a real vontade do legislador. Porém essa teoria foi criticada dando vez às ideias da teoria objetiva que por outro lado defende a vontade da lei. Com origem na Escola Histórica, que se caracterizava pela evolução do Direito, essa teoria busca um "querer social", ou seja, um olhar para a lei e uma adequação à situação social conflitante.

A interpretação da norma exige alguns cuidados conforme Maria Helena Diniz: "ao se interpretar uma norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir." (2010, p. 449), "ela reúne princípios e teorias que orientam o interprete na

decodificação do Direito" (NADER, 2004, p.118). Para o mesmo autor, interpretar "é alcançar o conhecimento de sua realidade, que pode estar expressa em palavras, desenhos, gráficos, sons, gestos, ações, sentimentos, dores, sorrisos, movimentos da natureza e ínfimas outras formas" (2004, p.121).

1.3. Técnicas interpretativas

Aplicadores do direito se valem de algumas técnicas da hermenêutica para interpretar as normas jurídicas que são: a gramatical, a sistemática, a histórica e a sociológica ou teleológica.

A interpretação gramatical, literal, semântica ou filosófica é a aquela feita na letra da lei, ou seja, analisar os sentidos das palavras, da síntese, da pontuação, origem etimológica, etc.

Para interpretar uma norma, evidentemente, de Direito escrito, algumas regras devem ser observadas e aplicadas não podendo o interprete delas se afastar. Maria Helena Diniz enumera algumas e que merecem registro.

> (1ª) as palavras podem ter uma significação comum e uma técnica, caso em que se deve dar preferência ao sentido técnico; 2ª) deve ser considerada a colocação da norma, p.ex., uma disposição, incluída no capitulo sobra curatela está indicando que se destina a regular essa forma de incapacidade; 3ª) havendo antinomia entre o sentido gramatical e o lógico, este deve prevalecer; 4ª) o significado da palavra deve ser tomado em conexão com o da lei; 5ª) o termo deve ser interpretado em relação aos demais; e 6ª) havendo palavras com sentido diverso, cumpre ao interprete fixar-lhes o adequado ou o verdadeiro (2010, p.456).

Já no processo sistemático, "Não há, na ordem jurídica, nenhum dispositivo autônomo, autoaplicável. A norma jurídica somente pode ser interpretada e ganhar efetividade quando analisada no conjunto de normas pertinentes a determinada matéria." (NADER, 2011, p.278). Duas palavras encontram-se em mente: unidade e harmonia. O ordenamento jurídico parece um emaranhado de normas e muitas vezes, quando um juiz profere a sentença, ele não se atém a um único dispositivo; pelo contrário, ele pode buscar fundamentar suas decisões com base em toda uma ordem jurídica. Situação assim definida por Maria Helena Diniz: "Poder-se-á até dizer que o processo sistemático se trata de uma técnica de apresentação de atos normativos que o hermeneuta relaciona umas normas a outras até vislumbrar-lhes o sentido e o alcance" (2010, p. 457).

A técnica interpretativa histórica basear-se-á nos motivos que levaram à edição da norma, suas origens, ou seja, as condições sociais, culturais, psicológicas que levaram à criação da mesma. Porém como a norma é viva e sempre busca acompanhar a sociedade, renovando o direito, essa técnica pode também vir ser chamada de evolutiva, pois acompanha as mudanças da sociedade fazendo com que a norma, mesmo sendo criada em um contexto social diferente, seja aplicada em questões atuais. Para Miguel Reale "uma norma legal, uma vez emanada, desprende-se da pessoa do legislador, como criança que se livra do ventre materno. Passa a ter vida própria, recebendo e mutuando influencias do meio ambiente, o que importa na transformação de seu significado." (2002, p.283).

Já conforme o processo teleológico ou sociológico, toda lei - quando criada por um legislador - possui uma finalidade. Nesse processo, estuda-se o fim que a lei procura atingir. Contudo a "ideia do fim não é imutável" (NADER. 2011, p.280), ou seja, o tal fim não é aquele que foi pensando pelo legislador, mas sim o que está implícito na mensagem da lei. O intérprete deve fazer devidas interpretações para que se possam adequar os textos jurídicos a uma situação social atual. Assim, pode-se dizer que o processo teleológico visa adaptar a norma às novas exigências sociais.

1.4. Criticas

Para Savigny, "cada povo tem o seu próprio direito fundado em elementos culturais como a língua, os costumes e a religião." (CAMARGO, 2011, p. 76). Estes são fatores suficientes para gerar um direito mais próximo da realidade... (...) "Pois, tal como as teorias organicistas, o direito também não se apresenta como algo imutável, porque se desenvolve com o povo." (2011, p.76).

Carlos Maximiliano assevera que, "a tendência racional para reduzir o juiz a uma função puramente automática, apesar da infinita diversidade dos casos submetidos ao seu diagnóstico, tem sempre e por toda parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial" (2011, p. 39).

Diante da realidade exposta, verifica-se que, mesmo perante os impeditivos constantes, é natural do direito avançar em companhia do processo evolutivo social. "O juiz, esse ente inominado, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional" (CRUET, 1808:22). Essa participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, pode-se dizer uma lei natural da evolução jurídica:

nascida da jurisprudência, e é pela jurisprudência que se vê muitas vezes o Direito evoluir sob uma legislação imóvel.

Portanto, o direito não é imutável, restringindo-se à mera emissão, toma vida ao pronunciamento do intérprete, sai dos textos estáticos para ganhar forma no mundo real. "É o ordenamento jurídico para Savigny, o direito vivo, que o legislador pode exprimir ou integrar, mas não criar arbitrariamente" (Apud. CAMARGO, 2011, p. 76).

Dessa forma, é provado que o Direito não será criado de acordo com os desejos de um intérprete; tais desejos somente irão atender as necessidades impostas pelo iminente processo evolutivo no âmbito social seguindo os limites do texto constitucional, logo não será criado à revelia, passando por cima do que foi editado pelo legislador.

O juiz é parte integrante nesse processo, pois faz análise semelhante à do legislador. Ele não tomará como legitimo o costume; mas se utilizará desse mecanismo para elaborar o Direito justo que se enquadre na sociedade com efetividade. Em consequência, o juiz aplicará o mesmo principio do legislador.

A ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento". Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica. É certo, que também os órgãos aplicadores do Direito têm de conhecer – de dentro, por assim dizer – primeiramente o Direito a aplicar. O legislador, que, na sua atividade própria aplica a Constituição, deve conhecê-la, e igualmente o juiz, que aplica as leis, deve conhecê-las. O conhecimento, porém, não é o essencial: é apenas o estádio preparatório da sua função,... ( ) é simultâneo-não só no caso do legislador como também no do juiz. (2000; 81).

É nesse contexto que Kelsen expõe sua discussão acerca da posição do jurista diante dos fatos que o circundam ante o momento da sentença assim como o legislador, porém deixa claro que não encontra razão para que o juiz se aprofunde nesses fatos.

A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica. Trata-se de uma finalidade prática, no que se distingue de objetivos semelhantes das demais ciências humanas. Na verdade, o propósito básico do jurista não é

simplesmente compreender um texto, como faz um historiador ao estabelecer-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema. Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições com base na norma, enquanto, o direito para o comportamento (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 221).

Vê-se que Tércio diverge do pensamento kelseniano, nos seguintes termos: o jurista não deve somente conhecer o texto, como também estabelecer seu alcance atual, logo o direito é identificado e entendido. Para ambos os lados, tanto legislador quanto jurista devem tomar parte da interpretação doutrinária.

Camargo ressalta que em A Teoria Pura do Direito, em seu prefácio, encontra expressamente seu objetivo, no qual pretende elevar a jurisprudência a um ideal de cientificidade – objetividade e exatidão, de forma a purificá-la. (2011, p.105).

O Direito deve valer-se por si só, excluindo qualquer possibilidade de utilizar como recurso tudo quanto que lhe for estranho, tanto na sua criação como na aplicação. É o direito absoluto, puro, no sentido mais verdadeiro da palavra.

No entendimento de Tércio, a obra de Kelsen - no que se refere a interpretar - é um ato e, quando realizado por órgãos não competentes, torna-se um ato desvinculado, sem caráter normativo. (FERRAZ JUNIOR, 2011). Contudo, não desconhece por completo que faz parte do oficio de juiz a necessidade de fundamentar sentenças em seus conhecimentos doutrinários.

O conceito kelseniano constrói uma hierarquia na qual o direito está no topo.

A norma positivada é aquela estabelecida por um poder competente como válida para determinada época e lugar. A juridicidade é, assim, atributo dado pelo criador da lei. ( ) … O fato é jurídico quando uma norma jurídica expressa. Dessa maneira, a norma empresta ao ato um significado jurídico (ou antijurídico). (CAMARGO, 2011, p.106).

A norma como editada deve ser aplicada como ela é, pela sua validade, através de seu nascimento por vias competentes, no qual existem apenas dois parâmetros, “ora a lei avalia uma conduta como boa, ora como má”. (CAMARGO, 2011, p.106).

No entanto, Kelsen define a interpretação como um processo mental

que acompanha a aplicação do Direito respeitando a ideia de pirâmide normativa, pois há um elo que compõe a ordem jurídica, no que se refere à determinação de vinculação da norma sobre um ato.

Logo, a função de interpretar deverá atender aos vários âmbitos de aplicação da norma: a concretização das leis ou dos atos administrativos em função de uma interpretação que se faça da Constituição, bem como a concretização da sentença judicial em função da norma que lhe serve de fundamento. Vale destacar o papel criador dos órgãos judiciais. Afinal, Kelsen reconhece a sentença judicial como norma jurídica individual, criada pelo juiz para disciplinar uma relação específica entre agentes determinados. (Apud. CAMARGO, 2011, p.112).

A Teoria Pura do Direito não tem amplo alcance hermenêutico, pois deixa à parte o movimento de compreensão e interpretação na aplicação do mesmo. "Esta teoria reconhece relativa indeterminação (intencional ou não) no ato que prescreve o direito. Quando intencional, se refere à discricionariedade que o próprio legislador reconhece como necessária ao aplicador da norma para que este atenda as circunstâncias de quando, onde e como a norma deverá ser aplicada" (Apud. CAMARGO, 2011, p.107).

É importante ressaltar que, mesmo sendo Kelsen defensor do positivismo, reconhece que é necessário, como se verifica, delegar certa discricionariedade ao juiz, pois ele avaliará as circunstâncias em que a norma estará sendo aplicada, situação também já prevista pelo legislador.

2. O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ NO ATIVISMO JUDICIAL

Pode–se dizer que o ativismo judicial se caracteriza pela intromissão do poder judiciário na atuação dos demais poderes. Para Roberto Barroso, a ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Portando, o ativismo judicial busca extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional a partir de enunciados vagos (2011, p. 204).

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha completado Bodas de Prata em 2013, é a partir de 2005 que se presencia com mais destaque a atuação do Poder Judiciário diante do vazio deixado ora pelo Poder Legislativo ora pelo Poder Executivo; quer pela não implantação de políticas públicas exigidas pela sociedade, quer pela constitucionalização do Direito que cobra uma ação mais efetiva na execução dos direitos fundamentais. Cobra, então,

um Direito atualizado a ser entregue aos jurisdicionados.

O período que antecedeu à Constituição Federal, de 1964 a 1983, aproximadamente, em nada contribuiu para que os poderes da República pudessem agir de forma harmônica. Sidney Guerra salienta que esta fase do Brasil foi marcada pela implantação da ditadura e da violência generalizada; aumentou a revolta e distanciou a população do significado de expressões como liberdade e dignidade, só reconquistadas normativamente mais de 20 (vinte) anos depois, com a Constituição Federal de 1988 vigente até os dias de hoje (2011,p.126).

O processo de redemocratização do Brasil pós-período ditatorial tem sua afirmação na Constituição Federal de 1988, com o constituinte, o florescimento de direitos e uma nova cultura para a valorização.

Logo, é perceptível que está intrínseco na atividade do juiz interpretar e adequar o texto à realidade, dar-lhe vida em circunstâncias singulares. É inegável, portanto, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está inserido certo grau de criatividade. (CAPPELLETTI, 1993:20).

O Estado Democrático de Direito exige a implementação da constituição e, consequentemente, dos direitos fundamentais. Uma República Federativa em que vigora o princípio da separação dos poderes, todos eles devem atuar para resguardar os interesses sociais. No Brasil, a promulgação da Carta Constitucional de 1988 “tinha convicção de ser uma formulação perfeita dos ideais democráticos, especialmente da proteção dos direitos fundamentais” (FERREIRA FILHO, 2013, p 28). O que dá origem e legitimidade ao ativismo judicial é o regime democrático de direito.

Previamente, a função do judiciário é dizer o Direito, assegurar que a lei impere sobre todos os campos da sociedade. A Carta de 1988, responsável pelo papel desempenhado atualmente pelo Poder Judiciário, lhe atribuiu ser o guardião e fiscal da sua legitimidade. Gerou um efeito perverso, nas palavras de Ferreira Filho, ocasionando o que chamamos de judicialização da política, tendo em vista que se tratava de um Poder “neutro” (2000, p. 28).

A polêmica está na “criatividade” do juiz, quais os limites interpostos à função jurisdicional. Como melhor nos esclarece Cappelletti, “Trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lacto sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente da criação do direito”. (1992:13).

Segue-se com a orientação de Cappelletti, que trata este tema "como um reflexo da *expansão do estado* em todos os seus ramos, seja legislativo, executivo ou judiciário". Para ele, essa expansão representa o necessário contrapeso - "segundo entendo, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos", do estado moderno (1992:19). Portanto, é um processo gradual e perfeitamente compreensível do mundo contemporâneo que se fortalece por meio do próprio desenvolvimento do poder legislativo em paralelo ao judiciário.

Com isso, o ativismo torna-se ferramenta de evolução do sistema judiciário, um colaborador para que o Direito possa atingir a todos com maior nível de igualdade, Direito aplicado caso a caso, aprimorando-se por intermédio da interpretação e da criatividade do judiciário para expansão de uma sociedade inclusiva.

Carece que a dignidade da pessoa humana seja o condutor de toda interpretação. Carece ao jurisdicionado merecer do Estado Democrático de Direito resposta aos seus anseios. Que seja o povo o destinatário de suas ações. Conforme Luís Roberto Barroso: "a dignidade assume dimensão transcendental e normativa, e passa a ser não somente" o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade" (2010,p.60). A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos, a realização da felicidade!

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, reconheceu por unanimidade a união estável entre casais homossexuais. A decisão implica em consequências jurídicas nos mais diferentes campos. Entram em debate o reconhecimento civil da união estável e os direitos trabalhistas e previdenciários; nas áreas hereditária e tributária; àquelas principiológicas envolvendo o ativismo judicial e uma reflexão jusfilosófica sobre a decisão do Supremo.

A Constituição Federal de 1988 possui como um de seus pilares a dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, inciso III; tem como um de seus objetivos a ser alcançado o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme art. 4º, inciso II.

Para que os fundamentos constitucionais sejam alcançados, seguidamente são acompanhadas posturas do Poder Judiciário que se

adiantam ao Poder Legislativo. Este constantemente fica para trás e não edita normas que concretizem os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, já que a atual Constituição é principiológica.

O que há - agora - é o reconhecimento de que homo e heterossexuais são capazes de constituir família e a todos são conferidos os mesmos direitos. Admite-se o casamento civil entre as pessoas do mesmo sexo. Se o Supremo, intérprete máximo da Constituição, estabeleceu que a menção a “homem e mulher”, no art. 226, §3º, da Constituição Federal, não exclui, da abrangência do instituto da união estável, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pelo mesmo motivo, a referência a “homem e mulher”, no art. 1.514, do Código Civil, não pode ser interpretada com essa restrição, afirmada inconstitucional pela Suprema Corte.

O art. 226 da Constituição Federal de 1988, ao definir os modelos de família em nosso sistema brasileiro, reconheceu a união estável formada por um homem e uma mulher. Igual conceito foi recepcionado pelo Código Civil de 2002, art. 1.723 “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradora e estabelecida como o objetivo de constituição de família”, à semelhança da previsão contida na Lei 9.278 de 1996.

A decisão do STF, ante o Poder Judiciário, modifica um dos requisitos da união estável - objeto das normas citadas. Onde se lia “formada por um homem e uma mulher”, far-se-á uma leitura extensiva acrescentando “formada entre pessoas do mesmo sexo”. Os dispositivos permanecem com a redação de origem porque não houve mudança na Constituição, como também no art. 1723 do Código Civil. A interpretação tem origem em decisão judicial. Interpretação essa conforme a Constituição para dela excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

Uma das indagações que se propõe é encontrar respostas para o almejo do Poder Judiciário ao reconhecer juridicamente a união homoafetiva como entidade familiar. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do Direito de Família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explicito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados

são igualmente aptos a constituir o núcleo doméstico chamado família, recebendo todos eles a proteção especial do Estado (extraído do Recurso Especial n. 1.183.378- RS.(2010/0036663-8) Relator Ministro Luís Felipe Salomão- Superior Tribunal de Justiça).

Extrai-se do referido acórdão ensinamentos sobre a participação ou omissão do Poder Legislativo no processo de inclusão social. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra o Poder Judiciário- e não o Legislativo- exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, tendo sempre em vista a proteção dos Direitos Humanos Fundamentais, sejam eles das minorias, ou das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos (2010/0036663-8- Item 09). Relator Ministro Luís Felipe Salomão- Superior Tribunal de Justiça.

Acrescenta mais a decisão e vem ao encontro da prática necessária do ativismo judicial ou que o justifica em determinado momento da sociedade. Enquanto o Congresso Nacional, no caso do brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis (extraído do Recurso Especial n. 1.183.378- RS. (2010/0036663-8 - Item 10.) Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Superior Tribunal de Justiça.

A decisão não muda a lei, mas dá interpretação diversa e alcança os anseios de um segmento das minorias colocado à margem da sociedade. O casamento, historicamente considerado única forma de constituir família e, por vezes, distante dos consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, assume nova concepção constitucional:

> Diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural,, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável

dignidade (extraído do Op. Cit.. REsp n. 1.183.378- RS).

Porém, por que o Poder Legislativo não cumpriu seu papel? Estaria o povo brasileiro de acordo com o pensamento do Poder Judiciário no que se refere ao reconhecimento da união estável homoafetiva ou de legislar no lugar do Congresso? Estaria o povo brasileiro de acordo com a visão distorcida da tripartidação dos Poderes da República concedendo a quem não foi eleito, ou se foi, ocorreu apenas por uma pessoa, o direito de se sobrepor e alterar entendimento de norma constitucional porque o Legislativo deixou de cumprir com uma de suas funções? Estaria implantado o ativismo judicial? Qual interpretação tem feito Judiciário sobre o tema? Por que os diversos tribunais do país julgavam de forma totalmente contrária à decisão do Supremo. O que mudou para que STF e os Tribunais Estaduais passassem a interpretar a norma constitucional conforme a decisão acolhida? Que elementos e qual a determinação do espírito e a finalidade da norma foi objeto de interpretação?

CONCLUSÃO

Sucintamente, o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo. Logo, toda decisão judicial é realizada com o poder discricionário do juiz. Existe real dificuldade em identificar quando a decisão é fruto de ativismo judicial ou quando não.

A sociedade exige que os Juízes apliquem aos novos casos que se apresentem princípios adequados para que cada pessoa receba uma sentença justa e equitativa segundo as normas aplicáveis.

Consequentemente, a característica principal para que o Juiz atue com poder discricionário é a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo em efetivar direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Mais do que isso, a atuação do poder discricionário do Juiz no ativismo judicial ultrapassa o mero controle de constitucionalidade e realiza a função precípua do órgão jurisdicional que é a de dar justiça a quem de direito, mesmo perante os casos em que é possível mais de uma interpretação à norma ou que haja colisão entre princípios constitucionais, bem como os casos em que não há precedente judicial.

A interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material sob pena de

invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do principio republicano de separação (harmônica) dos poderes.

A esse estilo de decisão judicial, respeitada a integridade da norma, denomina-se poder discricionário do Juiz em criar Direito para o caso concreto. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o Juiz, em vez de aplicar as normas do direito já estabelecidos, cria Direito novo e aplica o Direito estabelecido que possa conferir ou restringir os seus poderes na criação do Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

-------------------------------O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermeneutica e interpretação constitucional. São Paulo:Celso Bastos Editor, 1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e interpretação. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Trad. Aroldo Plinio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992.

CHAVES, Marianna. Homoafetividade e direito. Curitiba:Juruá,2011.

CRUET, Juan. A vida do direito e a inutilidade das leis. Lisboa, Antiga Casa Bertrand – José Bastos & Ca. -Livraria Editora, 1908.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil: São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armenio Amado, 1978.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direito constitucional: Saraiva, 2013.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo:Malheiros, 1995

GUERRA, Sidnei. Estado, cidadania e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermeneutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira .As teorias de direito e jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011

NADER, Paulo. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE, Miguel. Teoria do direito e do Estado. São Paulo: Saraiva: 2002

SALOMÃO, Luis Felipe. Relator do Recurso Especial n. 1.183.378-RS (2010/0036663-8) Superior Tribunal de Justiça.DJe 01/02/2012

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SERRANO, Pablo Jiménez. Interpretação juridica: o método lógico de interpretação do direito e suas normas. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

O PRESIDENCIALISMO COMO REPRESENTAÇÃO FINAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: (H)A RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ENTRE ELES (?).

PRESIDENTIALISM AS THE FINAL REPRESENTATION OF SEPARATION OF POWERS: (IS) THE(RE) DEPENDENT RELATIONSHIP BETWEEN THEM (?)

Kayo César Araújo da Sílva*

RESUMO: A pesquisa tem por finalidade analisar a possibilidade de alteração do sistema de governo brasileiro, por meio de Emenda Constitucional. Para isso, será feita sob cinco tópicos, sendo, o primeiro de ordem estritamente jurídica, onde se estabelece o ideal de constituição em sentido formal, rígida e escrita, sistematizada num texto único pelo Poder Constituinte Originário, para facilitar a compreensão do restante do texto. O segundo tópico, doutrinário, busca-se traçar algumas minucias acerca do Poder Constituinte, necessário para a resolução do que o artigo se propõe. Já o terceiro tópico traz as limitações ao Poder de Reforma Constituinte, observando, assim, a sua contenção, quando for de seu desejo, a tentativa de adaptação da Constituição Federal de 1988 à realidade social. O penúltimo tópico busca, de fato, enfrentar a problemática, concluindo que o Presidencialismo é um desenho final da separação dos poderes, fundado na harmonia e independência deles e, por último, é feito uma abordagem acerca da controvérsia entre os dois sistemas de governo, buscando dar, ao final, resposta adequada a qual sistema estaria preparado para a superação das possíveis crises institucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Constituinte; Cláusula Pétrea; Separação dos Poderes; Presidencialismo.

ABSTRACT? The research aims to examine the possibility of changing the Brazilian government system through constitutional amendment. For this, it will be under five topics. The first in strictly legal system, which establishes the constitution ideal in the formal sense, rigid and written, systematized in a single text by the Originating Constituent Power, to facilitate understanding of the text rest. The second topic, doctrinal, seeks to outline some minutiae about the Constituent Power, which is necessary for the resolution that the article proposes. The third topic conveys the limitations to the Constituent Reform Power, noting thus its restraint, when it is its desire, the attempt to adapt the 1988 Federal Constitution to social reality. The penultimate topic searches, in fact, to face the problem, concluding that Presidentialism is a final design of the separation of the powers, based on their harmony and independence. Finally, it is made an approach about the controversy between the two government

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Advogado no escritório de advocacia Mauro César Santos Advogados Associados e associado à Academia de Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: kayocesaradv@gmail.com.

systems, seeking to give, at the end, the appropriate response to which system would be prepared to overcome the possible institutional crises.

KEYWORDS: Constituent power; Petrea clause; Separation of powers; Presidentialism.

INTRODUÇÃO

Poder constituinte busca, para a sociedade, entregar um documento formal que extraia, de fato, as suas acepções acerca de suas necessidades. Não é à toa que, por meio dela, se exsurge, para a modernidade, as leis fundamentais do Estado. Partindo do ideal norteador de que, a constituição é formada de rigidez necessária para a manutenção de seus ideais essenciais a própria manutenção do ordenamento jurídico, questiona-se, por meio da atuação de um poder constituído, se haveria possibilidade constitucional de se alterar o sistema de governo[73] brasileiro por meio de Emenda Constitucional.

Para isso, estruturou-se, o estudo numa divisão em cinco partes. Inicialmente, clama-se por uma questão de ordem, no intuito de marcar qual o sentido adotado para a Constituição Federal de 1988 e suas preceitos básicos, necessários para o início de qualquer discussão acadêmica constitucional.

Na segunda parte, far-se-á uma apreciação do poder constituinte de forma geral, traçando, ali, os seus aspectos principais, com ênfase em duas peculiaridades principais para o desvendar do trabalho, que será a natureza e a titularidade desse poder. Como se observará, o poder constituinte representou, para o povo soberano, que suscitou o seu nascimento, a tentativa de traçar, num documento formal, limitação a atuação do Estado e fixação dos direitos daquele povo, propiciando, assim, àquela carta fundamental, o poder de conformar a estrutura de poder. Num desfecho final, suscita-se o poder de reforma constitucional, como veículo integrador daquela carta, aos ideais de progresso e avanço, diante da realidade social, fator preponderante à imanência da lei fundamental, sem deixar de fixar, ainda de forma propedêutica, as limitações desse poder, que são as procedimentais e de conteúdo.

Na parte terceira, após introdução de algumas minucias necessárias

[73] Neto (1961, p. 230), quando questionado acerca da melhor terminologia, responde que “a terminologia ainda não está inteiramente fixada quanto ao nome, a saber, se são regimes (termo que encontramos no prof. Vedei) ou sistema”, entretanto, opta-se pela última denominação, por ser consagrada no ADCT instaurou a modalidade no Brasil, merecendo, assim, ser acolhida.

para a resolução do objeto do trabalho, adentra-se, nas limitações materiais mais repercutem na zona de atuação do poder de reforma, previstas no art. 60, §4°, CF/88. A quarta parte desse trabalho toca, de fato, na relação existente entre o Presidencialismo e a Separação dos Poderes, cláusula pétrea de nossa Constituição federa. Na ocasião, busca-se clarear algumas inconsistências, quanto a possível mudança do sistema de governo, por meio de Emenda Constitucional, pugnando pela impossibilidade constitucional, por atacar, ao final, o núcleo duro de nossa constituição.

A última parte introduz o questionamento quanto a controvérsia entre o Presidencialismo e o Parlamentarismo, já debatida pela doutrina especializa, mas que causa alguma agitação, entre os defensores de cada sistema de governo, toda vez que é suscitada. Trata-se de uma análise entre os sistemas, levando em consideração, quais elementos possuem para superar as crises institucionais, optando, ao final, pelo sistema de governo que esteja mais preparado para essa situação.

1. QUESTÃO DE ORDEM

Antes de ingressar no tema propriamente dito, finca-se o ideal norteador da constituição em sentido formal, rígida e escrita, sistematizada num texto único pelo poder constituinte, deitando sobre a forma federativa de Estado, o voto secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, as normas tidas como fundamentais à própria existência de nossa Constituição Federal de 1988.

2. O PODER CONSTITUINTE E SEUS ASPECTOS

O século XVIII trouxe, cumulativamente com às revoluções liberais e com o iluminismo, um rompimento frontal das formas de poder que, até então, vigia. Instaurou-se neste século, conjuntamente com o declínio do Estado Absolutista, o nascimento do Estado Liberal que organizava uma estrutura de poder necessária e fundamental para a sucumbência do antigo regime. A esse caminho, chamamos de evolução do Constitucionalismo.

Nas palavras de Canotilho (1998, p. 48), o Constitucionalismo Moderno serve “para designar o movimento político, social e cultural que (...) questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de

domínio político”. Este movimento “sugere a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. (...) como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo”[74], afastando as bases do antigo regime quando decidiu lançar as suas.

A esse movimento de inflexão, chama-se de Constitucionalismo, que possui a definição de ser a teoria do estado que se erige com base na separação dos poderes e na garantia dos direitos em dimensão. Ao final, esse Estado que se inicia vem representar o Poder que se autolimita, afastando a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa.

A dogmática constitucional reconhece a teoria do Poder Constituinte como aquele que é “exercido por agentes que deliberam em nome de um povo” (BARROS, 2013, online), além de elaborar uma ordem jurídica fundamental do Estado que se constitui por ele. Em outras palavras, trata-se do exercício de quem possui o poder de fazer e/ou refazer as normas jurídicas do Estado.

A teoria subdivide o Poder Constituinte em duas espécies: O Originário e o Derivado. O primeiro tem o poder de criar a Constituição, gerando a nova ordem jurídico-constitucional. Do Poder Constituinte Originário, conforme expõe Barros (2016), “provém o poder constituinte derivado, que também é dito instituído”, que nasce com o objetivo de refazer ou reformar a Constituição, por meio de emendas ou de reformas.

Em outras palavras, a esse último, dá a potencialidade de adequar o documento fundamental ao tempo da vida e da realidade social. Entretanto, nem sempre a história seguiu desta maneira.

Bonavides (2009, p. 196-198) explica que o padrão de imutabilidade seguiu sendo buscada pelos Iluministas desde o século XVIII. À época, a cegueira da confiança no poder da razão gerava a característica de produto lógico e absoluto por parte da documento formal organizador da estrutura do Estado, que seria aplicável a tudo e a todos.

Esse padrão de imutabilidade, incogitável para os padrões atuais, colide frontalmente com os ideias de progresso, renovação e movimento de adequação do texto constitucional à realidade social, o que pode ser visto como o início do fim desta estrutura de poder trazendo, ordenamento jurídico

[74] Isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários ali cercadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.

possuidor destas características, a possibilidade real de se ver rompida a ordem por meios alheios ao sistema jurídico: ou por meio de um“a revolução ou (por) golpe de estado” (BONAVIDES, 2008, p. 197).

2.1. NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Inicialmente, Canotilho (2003, p. 67) questiona o poder constituinte, indagando se este “seria um *poder jurídico* ou um *poder de facto”* (grifo do autor). Teixeira (1991, p. 203 – 204), confeccionando o seu argumento, entende que a natureza deste poder nasce no poder político que o é constitucionalizado pelo poder constituinte. Daí se pode falar em poder de fato quando o poder político atua sem constituição.

O constitucionalista português, ainda sobre a natureza, diz que “o ato de fundação de um novo Estado somente pode ser obra do poder político, poder de uma comunidade nacional que preexiste ao Estado” (CANOTILHO, 2003, p. 68).

Ainda em suas palavras, o Poder Constituinte possui autonomia total, ainda mais, por não ser vislumbrado como uma espécie de poder juridicamente regulado. Desta forma, não perde sua relevância política e jurídica, muito por que esse movimento de produção do documento fundamental nunca parte do nada.

Canotilho (2006, p. 66) confirma a tese afirmando que o movimento de constitucionalismo não é exercido “num vácuo histórico-cultural”. Muito por causa disso, ele vem a ser regulado por inúmeros princípios específicos, como o da dignidade da pessoa, liberdade, igualdade, justiça e igualdade, dos quais regularam suas noções básicas para dentro do texto constitucional.

Silva (2014, p. 247 - 248), da mesma forma, argumenta que o “o poder constituinte não pode ser concebido como um poder jurídico e que também não pode ser concebido como um puro fato”, afirmando ser um fenômeno histórico-cultural, importando em dizer que o Poder Constituinte busca dar, ao seu povo, figura legitimadora de toda a sua nação, um documento apropriado que compatibilize a necessidade social com o formato legal. Barros (2016) define o Poder Constituinte como sendo:

> Ato de alguns seres humanos que exercem um poder soberano em nome de todos os seres humanos integrados numa sociedade política estável, de âmbito geral e de base territorial,

> tendo por fim governar as pessoas e administrar os meios segundo os fins dessa associação, a que se denomina de Estado.

A concretização da vontade da nação, representado pela reunião dos interesses e angustias do povo em um documento formal, acaba por trazer maior viabilidade política e imanência do documento. A constituição moderna nasce buscando ser desvinculada da estrutura material do Estado. Bobbio (2000, p. 17) afirma que:

> O problema fundamental do Estado Constitucional Moderno, que se desenvolve como antítese do Estado absoluto, são os limites do poder estatal. Grande parte das teorias elaboradas no curso dos séculos e que levaram a formação do Estado Liberal e Democrático estão inspiradas em uma ideia fundamental: há de estabelecer limites ao poder do Estado. O Estado, é entendido como forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir das suas próprias origens, a tendência para colocar-se de Poder Absoluto, isto é, como poder que não reconhece limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder. Esse poder do estado foi chamado de soberania e, a definição tradicional de soberania, que se ajusta perfeitamente à supremacia do estado sobre todos os outros ordenamentos da vida social, é a seguinte: *potestas superiore non recognoscenses*. Por tanto, o Estado Absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior.

Desta forma, acaba por se tornar uma instituição conformadora dessa estrutura e dos limites do poder[75], estabelecendo, ainda, a proteção a proteção dos direitos fundamentais, que se constituem como somatórias das escalas escala de valores que são promanados pela comunidade política.

2.2. TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Silva (2014, p. 250) indica que “o poder constituinte repousa no povo.” Entretanto, o conceito de Povo não é algo fácil de ser delimitar. Conforme aponta a doutrina, ele não é unívoco, mas, sim, plurívoco. Canotilho (2003, p. 75), assim, ver:

> O povo, nas democracias ocidentais actuais, concebe-se como uma “grandeza pluralística”, ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de “opiniões, “vontades”,

[75] Canotilho (2003, p. 87) confirma essa ideia quando afirma que “a constituição, Informada pelos princípios materiais do constitucionalismo – vinculação do Estado ao direito, reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, não confusão de poderes e democracia – é uma estrutura política conformadora do Estado”.

“correntes” ou “sensibilidades” políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes.

Saldanha (1984, p. 37) afirma que a titularidade do poder constituinte tem correspondência direta com o titular da soberania, o que gera acentuada conclusão de que o fundamento e a legitimidade das constituições modernas, repousam no exercício do poder soberano que, nada mais é do que a atuação do povo como sendo o seu titular[76].

É importante assinalar que este conceito diferencia-se de povo majoritário, uma vez que, enquanto este contratua, pactua e consente as bases constitucionais conformadoras do Estado, aquele jamais poderá influir, juridicamente, sobre o núcleo duro estipulado pelo Constituinte Originário[77].

Esta Constituição Moderna, além de escrita é rígida[78][79] trouxe

---

[76] Bercovici (2013, p. 307) afirma que, no Estado Constitucional, “No Estado constitucional, no entanto, o Poder
Constituinte nunca é pensado como um poder diretamente proveniente e exercido pelo povo, mas apenas em termos indiretos, representativos, como um poder exercido de forma mediada pelo povo. Deste modo, a ideia de que o poder constituinte originário está no povo é inseparável, historicamente, da ideia de representação m assembleia constituinte (Müller, 1995, pp. 23-4). No entanto, quem convoca o poder constituinte, segundo Faoro, não é o poder estatal. Este apenas instrumentaliza, sem subordinar, a vontade popular, restituindo o poder ao povo (Faoro, 1986, pp. 84-5, 89-90).”

[77] Barros (2008, p. 38) afirma que a “legitimidade não se confunde com mera legalidade, porque pode haver leis ilegítimas, não só incongruentes, como até claramente conflitantes com o consenso do povo. [...] Não há identificar Estado de Legalidade com Estado de Direito, pois nem tudo o que é direito posto pelo Estado é direito legitimado pelo povo ou corresponde a um conteúdo de justiça.” A isso, motiva-se, a atuação do poder constituinte derivado, uma vez que ja se fixou os ideais inspiradores da Constituição desse povo, protegidos pela imutabilidade do núcleo duro da Constituição Federal.

[78] Entretanto, nem sempre, durante a história constitucional, foi assim. Há três modelos básicos de constituição, norteador desse estudo, podendo ser flexíveis, semi-rigidas e rígidas. Tavares (2012, p. 94 - 96) traz importantes contornos a essa ideia, difundida, originariamente, por James Bryce. As constituições flexíveis, conforme observa Tavares, são as primeiras formas de estruturação que aparecem nas sociedades políticas organizadas. Essa categoria prevê, para sua alteração, processo legislativo idêntico ao da lei ordinária, fator este que possibilita, às maiorias ocasionais, mudar o conteúdo de suas constituições, como se, leis ordinárias fossem, inexigindo, assim, procedimentos mais complexos. Consoante a essa, há as constituições semi-rigidas que inauguram, no ordenamento jurídico, um processo legislativo, para algumas normas, um pouco mais dificultoso. Trata-se, conforme ilustra o publicista em questão, de um meio termo entre a constituição rígida e a flexível. Neste caso, geralmente, exige-se um quórum de alteração diferenciado e um poder limitado para fazê-lo. Consubstanciado a esse ideal, para as outras normas constitucionais, a exigência de alteração cairia sob a regra das leis ordinárias.

[79] Branco (2013, p. 119) argumenta que esse tipo de constituição, além de garantir maior estabilidade às instituições fundamentais e contribuir para que o texto seja mais facilmente compreendido pela população, marca a distinção entre o Poder Constituinte Originário e os constituídos; reforçam o ideal

importante relevo a teoria do direito constitucional contemporâneo, uma vez que, segundo aponta Silva (2014, p. 39), essa categoria passa à funcionar como pressuposto do próprio conceito de constituição em sentido formal[80], fator este que estabelece, com clareza, à distinção entre normas constitucionais e normas complementares e ordinárias[81]. O respeito a esse ideal norteia a criação do que vem sendo chamado de imutabilidade da constituição, que impede ela venha a ser alterada por processos ordinários de elaboração legislativa[82].

O poder de reforma entrega à Emenda Constitucional, o papel de oxigenar o sistema constitucional como um todo. Como se sabe, esse poder não pode ser exercido de maneira ilimitada. Formulada pelo constituinte originário, há barreiras que estabelecem limitações de forma, como também de conteúdo[83].

Mendes e Branco (2013, p. 120) arguem acerca da limitação de forma, apontando às restrições de ordem procedimental[84], fator este que demonstra que a fixação está delimitada para às gerações futuras também. Estes conceitos, segundo a sua ótica, constituem “a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes” do ordenamento jurídico.

Bonavides (2008, p. 202) especifica, ainda, outra espécie de

---

de supremacia da constituição, na medida em que repelem a atuação do legislador ordinário quando este atua contrário ao texto constitucional.

[80] Silva (2012, p.39) explica que o ideal de constituição em sentido formal, nada mais é do que “um conjunto de normas e princípios contidos num documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos nos seu próprio texto”

[81] Silva (2012, p. 41-42) argumenta que “as regras constitucionais são dotadas de uma superioridade evidente, com respeito às demais normas jurídicas da coletividade estatal” e, que por isso, essa superioridade seria “corolário da rigidez da Constituição, conceituada como imutabilidade relativa ou estabilidade das regras constitucionais”.

[82] Tavares (2012, p. 95) cita, como exemplo de como a rigidez constitucional se concretiza, o caso brasileiro que “se resume a uma iniciativa mais reduzida, a um *quorum* de aprovação maior e, por fim, à não participação do Poder Executivo (por meio da exclusão do veto ou da sanção)”

[83] Essa classificação é do Professor Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 119)

[84] Nesse sentido, traz-se à tona, quórum especialmente qualificado para aprovação de emenda, conforme dispõe o § 5° do art. 60 de nossa CF/8812, assim como, também, a nossa CF aponta quem pode apresentar a proposta de Emenda à Constituição, conforme está disposto no art. 60, II e III, e mediante o quórum de um terço, no mínimo, da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 60, I, CF/88). Proíbe-se a reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda nela rejeitada ou tida por prejudicada (art. 60, § 5°, CF/88), além da limitação temporal de ser emendada a CF, em contextos históricos adversos, como a intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

limitação, que é a tácita. Nesta forma, são àquelas que se “referem à extensão da reforma e à modificação do processo mesmo de revisão”, tratando, neste caso, as de limitações estipuladas por princípios e pelos espíritos irradiados pela Constituição atual.

Além das formais, há, ainda, as de tipo material, que são aquelas previstas no art. 60, § 4°, CF/88. Sobre essas, o Poder Constituinte Originário estabeleceu que alguns temas, seriam tidos como impossíveis de serem restringidos. Consagra-se, aqui, as o nascimento das Cláusulas Pétreas.

3. AS CLAUSULAS PETREAS E AS SUAS ESPÉCIES

De todas as restrições já citadas, as materiais são as que provocam mais polêmicas e “que constrange a atividade de reforma no seu conteúdo” (BRANCO, 2013, p. 120), uma vez que, é, por meio dessa modalidade de limitação, que se protege “o núcleo essencial de princípios e institutos” (FILHO, 2010, p. 127) daquele Estado de Direito.

Tavares (2012, p. 78), afirma que a “cláusula pétrea não pode ser objeto de emenda constitucional restritiva”, uma vez que, por ser a constituição reflexo da leitura da nação, é facilmente perceptível a existência de um núcleo duro, inviabilizador do avanço do poder de reforma[85]

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 estabelece quatro preceitos básicos que definidores das cláusulas pétreas[86]. A forma federativa

---

[85] Sobre esse núcleo, Sampaio (1995, p. 95) afirma que ele não pode ser constituído de acentuada rigidez, uma vez que, se assim o fosse, a imutabilidade do texto constitucional poderia ser interpretada como espécie de convite às revoluções, como também não pode ser interpretada como possuidora de elasticidade exagerada. Ainda, a ideia de segurança jurídica acaba por centralizar à razão do regime constitucional que se vive.

[86] HORTA (1994, p. 49) aduz que “as limitações do § 4. ° do artigo 60 da Constituição são limitações materiais explícitas, assim configuradas na sede da norma constitucional. Essas limitações não exaurem as linhas da demarcação intransponível pelo poder de emenda e de revisão.”, havendo, ainda, outras limitações materiais, só que de cunho implícitas, tais quais as que integram essa categoria “os fundamentos do Estado democrático de direito (art. 1° , I, II, III, IV, V), o povo como fonte de poder (art. 1.°, parágrafo único), os objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3.°, I, II, III, IV), os princípios das relações internacionais (art. 4.°, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, parágrafo único), os direitos sociais (arts. 6.° e 7.°), a definição da nacionalidade brasileira (art. 12, I, a, b, c, 11, a, b), a autonomia dos Estados Federados (art. 25), a autonomia dos Municípios (art. 29,30, I, II, III), a organização bicameral do Poder Legislativo (art. 44), a inviolabilidade dos deputados e senadores (art. 53), as garantias dos juízes (art. 95, I, II, III), a permanência institucional do Ministério Público (art.

do Estado, por ser de característica crucial do Estado, fundada na “organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e o local” (MENDES, 2013, p. 126), como o voto direto, secreto, universal e periódico, também, incluem-se neste rol, uma vez que é “elemento fundamental do sistema democrático, podendo, tampouco, ser suprimida por meio de emenda (MENDES, 2013, p. 127).

Não só isso, somado aos já dois citados, os direitos e garantias individuais, também, possuem presença no núcleo essencial da Constituição Federal de 1988. Retirou-se a inspiração na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão[87], que foi esmiuçada ao longo do texto constitucional mas, de maneira mais centralizada, no corpo do art. 5° da CF/88, que enumera “o rol de direitos e garantias individuais eleitos pelo Constituinte” o que não legitima, em hipótese alguma, da força do poder constituído nesta direção. O atuar desta forma, legitimaria, assim, o ato de “ir de encontro a decisão tomada pelo titular da soberania” (SARLET e BRANDÃO, 2014, p. 1135), tudo que o Estado Democrático de Direito não tolera.

Por fim, terminando o grupo constituidor do núcleo essencial à constituição desse estado constitucional, a separação dos poderes. Por ser o objeto principal desse trabalho, exigirá caminhada maior a ser travada.

4. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PRESIDENCIALISMO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

O Constitucionalismo Moderno deu, ao nosso diploma constitucional, um dos pilares estruturais que é a separação dos poderes. Mesmo estando presente por toda à nossa história constitucional (da independência do Brasil à nossa atual Constituição Federal)[88], as bases lançadas na carta cidadã,

---

121) e de suas garantias (art. 128, l, a, b, c), as limitações do Poder Tributar (art. 150, I, II, m, a, b, IV, V, VI, a, b, c, d, art. 151) e os princípios da Ordem Econômica (art. 170, I, II, m, IV, V, VI VII, VIII, IX, parágrafo único).

[87] Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

[88] Segundo Bonavides (2012, p. 559), em seu *Curso de Direito Constitucional:* a separação dos poderes já esteve presente desde os “Artigos 9º, 10, 11 e 12 do projeto de Constituição organizado no Conselho de estado e apresentado ao imperador [...]; dos artigos constantes da mesma numeração, da constituição do império de 25 de março de 1824; artigos com idênticos números da chamada

delineou-se o seu fundamento em dois pontos básicos: a harmonia e independência entre os poderes.

Streck e Oliveira (2014, p. 145) explica que o termo Poder traz duas significações: A primeira, diz respeito aos "órgãos estatais, sentido orgânico ou subjetivo – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário". Já a segunda diz respeito "as funções a serem desempenhadas", sendo, essa última, respectivamente, as atividades executiva, judiciária e a legislativa.

A CF/88, inspirada neste princípio deu, para cada Poder, uma função típica, que poderá, excepcionalmente, atuar com outras aspirações que não aquela que constitui o cerne de sua atuação, fator este que impossibilita o engessamento de todos os poderes[89].

Ao Poder Legislativo, a função institucional de filtrar as demandas sociais. Ao Poder Judiciário, o dever de julgar aquilo que a sociedade vem à requerer e, ao Poder Executivo, sob a batuta do Presidencialismo, administrar os rumos da nação, constituindo, assim, por meio da carta constitucional, importante traço de nosso constitucionalismo: a forma como a separação dos poderes foi prevista pelo Poder Constituinte Originário e, mais tarde, ratificada pelo Povo Soberano.

Em 21 de abril de 1993[90], realizou-se plebiscito que buscava definir

---

Constituição de Pouso Alegre [...] em 1832; [...] art. 14 da constituição provisória e mandada publicar pelo decreto Decreto-lei 510, de 22 de junho de 1890; art. 15 do projeto de constituição elaborado pela Comissão constituinte [...] aprovada em 1891; art. 4º, embora confuso, do projeto Santos Werneck/Rangel Pestana, da célere "comissão dos 5"; art. 2º, com toda clareza, do Projeto Magalhães Castro, também da "comissão dos 5", elaborados em Petrópolis e datado de 7 de fevereiro de 1890; art. 4º do projeto Américo Brasiliense de Almeida e Mello, igualmente membro da sobredita Comissão; art. 11 do projeto da Comissão do Itamarati enviado pelo Governo Provisório da Revolução de 1930 à Assembleia Nacional Constituinte em 16 de novembro de 1933; ar. 3º da Constituição de 16 de julho9 de 1934; art. 3º do Anteprojeto de Constituição Elaborado pela Comissão Especial do Instituto dos Advogados do Brasil e publicado no *Diário da Assembleia*, de 10 de novembro de 1946, em sua redação final; art., 36 da constituição de 1946; art. 6º da constituição de 24 de 1967; art. 6º da constituição outorgada em 17 de outubro de 1969 (formalmente numa emenda à constituição

[89] É especial citar que, mesmo quando um desses poderes atue em sua forma atípica, ela não ataca o que a própria constituição defende em seu art. 2º, quando estabelece a divisão de poderes garantindo-lhes a sua autonomia, independência e harmonia entre si.

[90] Faz-se, necessário, citar aqui que, contrariando à data escolhida pelo Poder Constituinte Originário, a EC n°. 2/1992 alterou a data inicialmente prevista (7 de setembro de 1993), fazendo com que despertasse, em boa parte da doutrina, importantes críticas quanto a constitucionalidade dessa Emenda Constitucional. Bonavides (2012, p. 223-224), de maneira direta, crava que a antecipação do "plebiscito, portanto, ocasionou gravíssima lesão ao texto magno, tanto do ponto de vista material

sobre o regime de representação do país. Na berlinda, a definição por qual sistema (parlamentarismo e presidencialismo) e forma (monarquia ou república) de governo a Constituição Federal 1988 adotaria.

Na ocasião, Poder Constituinte Originário deixou ao instrumento de consulta popular, a decisão final que seria preenchida pelo Povo, na condição de Soberano, a decisão de conservar (ou não) o regime republicano, afastando os ventos monárquicos, bem como se o Estado deveria abandonar o sistema de governo presidencialista, dando início ao Parlamentarismo.

O resultado já é conhecido. Houve à consolidação, por parte do Povo Soberano, dos termos deixados pelo Poder Constituinte Originário. O Presidencialismo possui a característica principal de concentrar os papéis em uma só autoridade: o de Chefia de Estado, que tem a função básica de representar o país nos âmbitos internacional, e o de Chefia de Governo, que é responsável por orientar o percurso da Administração Pública “devendo prever e executar as metas de desenvolvimento” (TAVARES, 2012, p. 1320) da nação.

Esse cumulação de funções faz com que o Presidente da República não necessite do apoio do Congresso Nacional para manter-se no poder. Abranches (1988, p. 31) em celebre estudo no pós-constituinte de 88, afirma que, efetivar a governabilidade do Presidente da República, “haveria necessidade, mais ou menos frequente, de recurso a coalizão interpartidária”, o que denota, ai, para o êxito de sua política governamental, dependência direta à coalizão, que nada tem a ver com a manutenção do Poder.

Essas características geram maior consistência à separação dos poderes, uma vez que esta organização, segundo a forma protegida constitucionalmente, concretizada no poder executivo sob a escrita presidencial, impõe um sistema no qual as linhas que separam um poder do outro, acabam por ser, marcadamente, mais estanques[91], gerando a imanência

como formal”, uma vez que, em termos estritamente jurídicos, a atitude desferida pelo Poder Constituinte Derivado no ato que emendou a Constituição Federal seria, ao seu ver “equivalente a desferir um golpe de Estado, visto que não tem outra qualificação perpetrar tamanha inconstitucionalidade”. O supracitado autor continua indicando que “a fixação da data 7 de setembro de 1993 foi ato do poder constituinte de primeiro grau no exercício de um poder formal juridicamente ilimitado”. Logo, a alteração por meio dos poderes constituídos, da data inicial, se faz de grave violação ao que disciplinou o Poder Constituinte Originário.

[91] Tavares (2012, p. 1323) faz importante crítica, sobre o modelo presidencialista, configurado em nossa história constitucional: “a vasta prática a presidencialista deve-se, em parte, a tradição da política brasileira, que é marcadamente centralizadora. Vislumbra-se a necessidade de, no sistema brasileiro, o

necessária à estabilidade dos poderes.

É oportuno frisar que o Presidencialismo está compreendido no formato do Poder Executivo que, nada mais é do que “a maneira de quem e como se governa” (TAVARES, 2012, p. 1.318). Estas características geram, sob o ponto de vista prático, certa confusão entre o princípio geral de direito constitucional, que é a separação dos poderes e o formato que ele é exercido, que é o Presidencialismo.

Todavia, em tempos de crise institucional provocadas por gestões que não gozem de prestígio junto da maioria, uma velha discussão volta a tomar corpo em meio aos debates acadêmicos: o Presidencialismo, por meio de Emenda Constitucional[92], poderia ser substituído pelo Parlamentarismo?

O Presidencialismo é um desenho acabado da separação dos poderes, prevista pelo Poder Constituinte Originário, e insculpida no art. 2° como “princípio geral do direito constitucional” (SARLET, 2014, p. 146), estabelecendo a harmonia e independência em face dos outros poderes.

A adoção do Parlamentarismo gera, necessariamente, algumas mudanças drásticas na realidade constitucional brasileira. Bonavides (2009, p. 211) explica que há duas modalidades básicas de Parlamentarismo[93]: o monista e o dualista.

No parlamentarismo monista[94], os monarcas e os presidentes reinam ou presidem, enquanto cabe ao primeiro-ministro exercer à governança juntamente com o seu gabinete. Essa modalidade de parlamentarismo gera, na separação dos poderes, uma mudança quanto à forma final, entregando, ao Primeiro-ministro, “o exercício do monopólio da autoridade de governo” (BONAVIDES, 2012, p. 212). A esta, neutraliza-se a figura do chefe de Estado, ficando, apenas, a categoria de representante do país.

Presidente da República ser mais responsável e prestar contas efetivas ao Parlamento, mas, ao mesmo tempo, observam-se dificuldades diante de uma casa legislativa, onde ministros são inoperantes, corruptos e sem responsabilidade, o que obriga as barganhas políticas com seus partidos dominantes”

[92] Há, no Congresso Nacional, algumas propostas de Emenda à Constituição, que objetivam instituir, no Brasil, o sistema Parlamentarista. Citamos como exemplo, a PEC 20/1995 e a PEC 31/2007.

[93] O autor explica que, “o mais fácil de implantar talvez seja o primeiro, enquanto, o segundo, se apresenta como a forma mais difícil, sendo, porém, mais democrático, o mais puro, o mais perfeito” (BONAVIDES, 2012, p. 211).

[94] Exemplo mais bem acabado, dessa modalidade de parlamentarismo monista, é a Inglaterra “que alcançou esse resultado em razão de um longo processo histórico, ocupado em grande parte pelo Parlamentarismo dualista, do qual nasceu” (BONAVIDES, 2012, p. 212)

Já o parlamentarismo dualista caracteriza-se pela não repartição equilibrada das competências governativas. Essa espécie de sistema de governo influencia um tipo de disputa entre os poderes, sacrificando “ora o Chefe de Estado, ora o Primeiro-Ministro, fazendo preponderar um sobre o outro”, oferecendo grave e “inequívoco risco de ampliar, em demasia, os poderes do Presidente” (BONAVIDES, 2012, p. 212), ainda que esses mesmos poderes não fossem formalmente alargados pela repartição constitucional das atribuições de governo.

Concluindo o raciocínio, Bonavides ilustra, bem, a invalidade política da adoção do parlamentarismo, afirmando que:

> Poderia ele, a qualquer pretexto, projetar a sombra de um poder rival, dotado do mais alto grau de legitimidade, sobre o chefe do gabinete, eleito, apenas, pela maioria parlamentar, sem o prestígio do sufrágio popular. Tão cedo não se apagará da memória de nosso povo a conquista oriunda da companha diretas-já e quanto isto valeu como expressão de um poder legítimo para derrubar o muro da ditadura, cuja duração foi de 20 anos (BONAVIDES, 2012, p. 212).

Esta reflexão é mais que suficiente, para demonstrar que instituição do Parlamentarismo, pouco importando a sua espécie, geraria na separação dos poderes, importante abalo em seu cerne, o que contraria à Constituição Federal, o que exigiria para a concretização do Parlamentarismo, diversas mudanças substanciais em nossa realidade constitucional, tanto no formato da organização, quanto nas competências dos três poderes.

A Emenda Constitucional, indubitavelmente, atacaria a independência e harmonia dos poderes, uma vez que desnaturaria a solidez das premissas básicas de nossa separação dos poderes, elemento basilar do fundamento constitucional (art. 60, §4°, III, CF).

No formato constitucionalmente admitido, a adoção do Parlamentarismo geraria outra grave inconstitucionalidade. A escolha presidencial é gerada por meio de eleições periódicas e diretas e, alterar esse sistema de governo, fatalmente, quebraria com a essência do ordenamento jurídico. Este é raciocínio que pode ser extraído da leitura do texto constitucional, em seu art. 60, §4º, inciso II, quando define a participação popular direta e periódica na escolha do chefe do executivo como regra à ser seguida.

Em outras palavras, suprimir a eleição para o cargo de chefe do executivo para pôr no local, à eleição do primeiro ministro, é medida inconstitucional e fere o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito,

uma vez que em relação ao primeiro, à votação é direta e periódica (de quatro em quatro anos). Já, para o segundo, a votação passaria a ser indireta, recaindo aos parlamentares eleitos e sem alguma periodicidade, a função de eleger quem ditaria os rumos do país.

Estas são as bases que a substituição do sistema de governo traria: a extinção do voto direto e periódico. É hipótese de clausula pétrea, limite material ao poder de reforma, importante barreira ao avanço do poder de reforma, o que fragiliza qualquer caminhar nesse sentido, estando protegido, pelo signo da imutabilidade constitucional, o Presidencialismo.

5. A SUPOSTA ESTABILIDADE ENTRE O PRESIDENCIALISMO E O PARLAMENTARISMO.

Os tempos de crises políticas colocam em cheque a autoridade do presidencialismo. Em sua identidade, não há instrumentos capazes de prevenir a ocorrência dessas crises de maneira rápida e por possuir, apenas, elementos traumáticos para a sua superação. Em modelo organizacional, dividiremos a tese em duas compreensões: a primeira no plano prático e a segunda no plano ideal.

Barros (2015) nos explica que o desenvolvimento de uma Nação é favorecido quando a construção de sua constituição jurídico-formal venha ser lastreada em seu contexto histórico-social. O motivo é determinante, uma vez que a constituição de determinado país só passará à criar laços com seu povo, após ter nascido de dentro do sentimento de angustia daquela sociedade. Quanto mais distante for a construção da Constituição, menos efetividade ela passará a ter. Nas palavras do autor, para entendermos essa dicotomia é imperioso alertar que:

> A história sustenta a constituição desde o momento. A constituição desponta pequena, genérica e sucinta, em um ou alguns textos escritos. Depois, expande-se atualiza-se, por obra dos costumes e da jurisprudência. O texto inicial torna-se o tronco. As ramificações nascem, mas sempre presas a realidade social e ao tronco original, que também surgiu da necessidade histórica. Nessas condições, a constituição se movimenta em torno de um núcleo estável, de modo a ser sempre nova, sem deixar de ser a mesma (BARROS, 2016)

Quando a constituição daquele país nasce representando o que o seu povo anseia, dar-se-á o nome de Constituição Histórica, que é resultado da história escrita, dos costumes e da tradição exercida pelo seu povo.

De maneira contrária, se a constituição, ao invés de conclamar os anseios populares, passar a importar instituições jurídicas não apropriadas daquele momento histórico, ela passará a ter grandes impossibilidades de ser efetivada, gerando nada mais que "pura imitação" (BARROS, 2016). Entretanto, a arte da imitação não é de todo mal.

No decorrer da maturação da carta constitucional, há possibilidade do referido instituto vim à fixar suas raízes, passando, assim, a adquirir estabilidade e razoável senso de representação popular.

O raciocínio citado importa em dizer que, por estar presente já em algum tempo em nossa CF/88, o Presidencialismo, já veio fixar raízes em nossa história política e, por isso, possui "mais condições históricas de ser aprimorado e estabilizar-se na Constituição brasileira" (BARROS, 2016)

Todavia, por possuir lastro no direito alienígena, o Parlamentarismo "não tem raízes entre nós" (BARROS, 2016). Logo, deve-se partir da ideia de que, o melhor sistema de governo existente, é aquele que nos cerca.

No plano ideal, é de fácil aceitação indicar que o regime parlamentar encontra-se mais preparado para resguardar a hegemonia da sociedade, "numa época de crises e abalos nas relações do Estado, em virtude da complexidade dos problemas do século e da intensa e profunda politização que se tornou o meio social" (BONAVIDES, 2008, p. 213), as hipóteses de superação daquela grave crise são maiores do que no Presidencialismo, uma vez que, a legitimidade do gabinete repousa na confiança política da nação.

Uma vez quebrada esta confiança, o caminho natural e sem algum trauma estará na definição se irá "renovar ou recusar o apoio parlamentar de que depende a conservação dos gabinetes" (BONAVIDES, 2008, p. 213). Barroso (2006, p.11) argumenta que, nesses casos, a moção de confiança poderá "se dar por razões políticas, e não por razões éticas num período de grave crise institucional", o que inconsequentemente levaria a queda do gabinete, demonstrando clara desnecessidade de perpassar por um procedimento traumático do presidencialismo, que é o processo de *Impeachment*.

Enquanto no Parlamentarismo o Primeiro-Ministro depende de aprovação do parlamento para continuar no poder, no Presidencialismo, o Presidente da República é possui autonomia diante do Legislativo, não sendo necessário apoio congressual para manter-se no poder. A legitimidade, nesse caso, repousa no voto popular.

Nesse sentido, se o Parlamentarismo se mostra preparado para poder substituir o gabinete a qualquer tempo, no Presidencialismo, o erro por parte do governando não é motivo para que o mandato possa vim a lhes ser retirado. A sustação do regular andamento de seu mandato só pode vim a ocorrer "em razão da prática de certos delitos" (TAVARES, 2012, p. 1178), chamados pela Constituição Federal de 1988 de Crimes de Responsabilidade, o que nos mostra que que, em termos de segurança, estabilidade e continuidade, o Presidencialismo estaria mais preparado para que fosse imprimida à governabilidade[95].

Enquanto no Presidencialismo, a história escrita pela condução da governabilidade é encabeçada pelo exercício de escolha da pessoa vencedora nas eleições presidenciais, no Parlamentarismo, a condução é gerida tanto pela oposição, quanto pela situação. O resultado dessa associação faz com que, em tese, sejam tomadas decisões mais harmônicas e ajustadas.

No plano das ideias se, de fato, tivéssemos optado ainda em 1993 pelo Parlamentarismo ao invés do Presidencialismo, talvez pudéssemos ter fixado raízes históricas nesse sistema de governo. Aparentemente, num universo estanque, o Parlamentarismo se mostra esqueleticamente, mais hábil para contornar as crises institucionais, sem afetar o andamento do país. Bonavides (2008, p. 214) é categórico quando afirma a superioridade do sistema de governo:

> Não deve pairar dúvida portanto com o respeito a superioridade do parlamentarismo sobre o presidencialismo. No parlamentarismo, as câmaras legislativas são escolas de pedagogia cívica, no Presidencialismo elas se transformar em mercado de clientelismo, onde o tráfico de influência e o jogo de interesses converge ali para fazê-las submissos e servis apêndices do Poder Executivo

Pilla (1986) tem razão quando argumentou que, das três espécies de indivíduos que defendiam o presidencialismo, os primeiros eram os que estavam no Poder, os segundos eram os que vivem em torno do Poder e, os terceiros, diziam respeito aos que esperavam, de alguma maneira, chegar no poder.

O cotejo dado só nos dá uma certa dimensão: o Parlamentarismo acaba por ser o sistema de governo mais bem preparado à superação de

[95] Todavia, a bipolarização de poderes, no Presidencialismo, gera possibilidade de ser detectado a oposição pela própria oposição ou a situação pela própria situação, fazendo com que haja, internamente, maior pressão ao exercício do poder presidencial.

crises, mas que não dá a estabilidade necessária para que seja imprimida mudanças sociais drásticas, que lhe é garantido no Presidencialismo.

Entre o preparo pela superação das crises e a estabilidade do mandato, a Constituição Federal de 1988 elegeu o Presidencialismo como integrante do núcleo essencial do Estado. É hipótese de Cláusula Pétrea.

CONCLUSÃO

Após a leitura das cinco partes, pode-se auferir alguns preceitos acerca da possibilidade constitucional de alteração do sistema de governo brasileiro, por meio dos poderes Constituídos. Sendo, o poder constituinte originário elemento fundamental pra criação de uma lei fundamental, sob um documento formal, que conforme o Estado e que garanta os direitos deste povo, retratando as acepções daquela nação, exsurge a necessidade de traças limitações aos poderes constituídos, objetivando não vergastar o núcleo essencial da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, analisa-se as cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4°, CF/88, em consonância com o atual sistema de governo presidencialista, no intuito de fixar o ideal de que a separação dos poderes, prevista, também, no art. 2°, de nossa Constituição Federal de 1988, pra demonstrar que, o Presidencialismo, instituído pelo Poder Constituinte Originário, ratificado pelo povo soberano, é um desenho final da separação dos poderes.

Assim, a organização feita pelo Poder Constituinte Originário, da Separação dos Poderes, assentadas nas premissas de harmonia e independência, constitui importante traço do constitucionalismo brasileiro, sendo, equivocado, optar pela alteração do sistema de governo, do Presidencialismo para o Parlamentarismo, uma vez que a modificação geraria um abalo estrutural em nossa Constituição Federal de 1988, uma vez que ela mexeria na organização e competência desses poderes, gerando, pra Separação dos Poderes, a possibilidade de quebra dos preceitos básicos dessa instituição: a independência e harmonia.

Dessa forma, a alteração, por meio de Emenda Constitucional, seria uma afronta ao núcleo essencial da carta cidadã, uma vez que estaria, assim, protegido pelo signo da imutabilidade constitucional, o Presidencialismo.

Não só isso, suscita-se, também, a possível controvérsia acerca da estabilidade entre os dois sistemas de governo, onde chegamos à conclusão

de que, no plano das ideias, se tivéssemos optado pelo parlamentarismo na data da consulta popular em 1993, de fato, estaríamos com um sistema de governo mais propício a superação das crises institucionais.

Logo, conclui-se que, por ter o presidencialismo fixado raízes em nossa história constitucional e, também, por ser desenho final da separação dos poderes, prevista na CF/88, torna-se equivocado, em termos constitucionais, defender a modificação do Sistema de Governo por meio de Emenda Constitucional.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro. *In*: **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 - 34.

BARROS, Sergio Resende de. **Noções Sobre o Poder Constituinte**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre-poder-constituinte.cont>. Acesso em: 01 Setemb. 2015, 13:15:15.

______________________. **Parlamentarismo ou Presidencialismo**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/parlamentarismo-ou-presidencialismo.cont>. Acesso em: 01 setemb 2015, 14:23:29.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *In:* **Lua Nova** [online]. 2013, n.88, pp. 305-325.

BOBBIO, Norberto. 2000.....;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª Edição atual. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2009

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição, 16ª reimp.Coimbra: Editora Almedia, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; __________ (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 140 – 146.

FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo: Publifolha. Seção Tendências/Debates,

1986.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

NETO, Silveira. Presidencialismo e Parlamentarismo. *in:* **Revista da Faculdade de Direito da Ufmg**, Belo Horizonte, n°. 2, 1962, pp. 230 – 240

SALDANHA, N. **O poder constituinte**. São Paulo: Editora RT, 1986

SAMPAIO, Nelson de Souza**. O poder de reforma constitucional.** 3. ed. rev. e atual. Salvador: Nova Alvorada, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

__________________. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao artigo 2°. In:

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 edição Rev. e Ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

A Discriminação Racial e os Fundamentos Constitucionais e Internacionais: Abordagem baseada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Gabriel Araújo Monteles[96]

Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha[97]

RESUMO: Os Princípios Fundamentais presentes no supremo ordenamento jurídico vigente em nosso país, a Constituição da República Federativa Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, englobam a estrutura do Estado democrático de direito, que visa à promoção do bem estar social. Neste contexto, o presente artigo tem como escopo a realização de uma abordagem acerca das representações discriminatórias ocorridas contra afrodescendentes e afro-brasileiros, contemplando seus aspectos histórico-sociais, sua perspectiva jurídica no cenário brasileiro contemporâneo e destacando o princípio da dignidade da pessoa humana mediante a visão adotada pela filósofa Hannah Arendt, em consonância com as demais disposições contidas na parte inicial da Carta Magna, como alicerces para efetivação de inclusão social.

Palavras-chave: Arendt. Princípios. Democracia. Preconceito. Dignidade.

ABSTRACT: The fundamental principles present in the current supreme law in our country, the Brazilian Federal Constitution, enacted on October 5, 1988, include the structure of the democratic rule of law, which seeks the promotion of social welfare. In this context, this article is scoped to the realization of an approach about discriminatory representations occurring against African-Brazilian and African-descent, contemplating their historical and social aspects, its legal perspective on contemporary Brazilian context and highlighting the principle of human dignity by the vision of philosopher Hannah Arendt in accordance with the other provisions contained in the initial part of Magna Carta, as foundations for effective social inclusion.

Keywords: Arendt. Principles. Democracy. Prejudice. Dignity.

1 Introdução

O processo civilizatório que gestou o território e o povo brasileiros é caracterizado, primordialmente, pelo entrechoque gradativamente ocorrido entre os invasores portugueses, índios e negros africanos: estes últimos, em sua maioria, aliciados em detrimento do desenvolvimento do trabalho escravo.

Em consonância com o supracitado aspecto, deve-se considerar o caráter evolutivo, por assim dizer, das relações entre os povos primitivos,

[96] Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão.
[97] Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão.

sobretudo indígenas encontrados em território brasileiro, com os europeus, estruturadas como formas de estabelecer a fundação de novas bases sociais.

Desse modo, as disparidades raciais, etnicamente matriciais e culturais formariam um povo novo cuja diferenciação ocorreria, principalmente, pela mestiçagem a ele inerente e, ainda, por fatores como o advento de traços culturais peculiares e de um singular modelo de organização e estruturação socioeconômica.

Neste contexto, constata-se a gradual estruturação de identidades raciais, sobretudo no que tange à matriz étnica africana, composta por indivíduos de “raça” negra. Deve-se pontuar, ainda, que a construção de uma identidade racial caracteriza-se, sobretudo, por um gradual processo de caráter social, econômico e político.

Assim, convém frisar que a noção de identidade consiste num ideal identitário entre o indivíduo e a sociedade em que se insere, possibilitando ao afro-brasileiro a apreensão valorativa de suas origens e, com elas, seus peculiares hábitos e culturas, dentro de determinado cenário.

Diante disso, abordar-se-ão bases socioeconômicas fundadas na servidão e no escravismo, características societárias expressamente verificadas no cenário colonial brasileiro, que desprezaram e interromperam com veemência o processo de desenvolvimento de uma identidade racial própria dos africanos, e que certamente contribuíram para que, ainda na atualidade, se verifique comportamentos indicadores da “supremacia” de matrizes étnicas europeias em relação às de origem africana, cuja identidade fora perdida a partir do advento do tráfico negreiro de escravos, que tornara os africanos meros objetos pertencentes aos colonizadores europeus.

A partir dos supracitados aspectos, este artigo pretende mostrar como as matrizes étnicas essencialmente brasileiras, aglutinadas a traços europeus, e sua evolução, individual e conjuntamente aos indivíduos de origem africana, contribuíram, de forma sistemática e secular, com a subjugação de povos autodenominados “superiores” em detrimento de indivíduos que seriam, historicamente, inferiorizados, deixando como negativa herança sociocultural o preconceito racial, que figura como um “mal latente” da sociedade, manifestando-se a cada relação interpessoal que tente reafirmar a inferioridade de afro-brasileiros e afrodescendentes em relação a indivíduos de descendência europeia, através de uma verdadeira violência psicológica e, em alguns casos, física.

Em consonância com a inferiorização do indivíduo de origem africana, mostrar-se-á sob quais aspectos o ordenamento jurídico pode, nos dias atuais, contribuir como atenuante de manifestações discriminatórias ocorridas, rebuscando suscintamente o supracitado ordenamento no sentido de abordar seu caráter “efetivador” do racismo na historiografia brasileira, aliando a sobredita perspectiva ao pensamento arendtiano, em que pese a condição humana em relação ao questionamento acerca de uma condição de dignidade humana ao indivíduo, que converge com a respeitabilidade à sua qualidade de ser humano, aspecto que independe do fator racial para que deva ser inerente a toda e qualquer pessoa.

2 O cenário colonial e as raízes da discriminação

Após ser descoberto por europeus, o território brasileiro passaria por um longo processo de colonização, que envolveria, sobretudo, interesses marcadamente econômicos. Neste contexto, e considerando a ideologia europeia de subjugação de povos indígenas, estes últimos acabariam recrutados como mão-de-obra servil, sendo posteriormente, dadas as sucessivas “revoltas” ocorridas dos silvícolas contra os colonizadores, substituídos pelo advento do tráfico negreiro ultramarino.

Convém observar que, para promover com efetividade a colonização territorial pretendida, os portugueses, além de desprezar as crenças e costumes dos povos nativos e, posteriormente, dos indivíduos provenientes do tráfico ultramarino, estabeleceriam verdadeiros núcleos coloniais que, por sua vez, ofereceriam as condições materiais que lhes garantissem o retorno econômico pretendido, investimento esse alinhado a traços culturais peculiares, tais como “um minúsculo estrato social de letrados que, através do domínio do saber erudito e técnico europeu de então, orienta as atividades mais complexas e opera como centro difusor de conhecimentos, crenças e valores” (RIBEIRO, 1995, p.76).

Desse modo, é importante frisar que, embora fossem observáveis traços socioculturais advindos de escravos negros e indígenas, as inovações europeias relegariam os nativos à condição de antagonistas nesse cenário inicial brasileiro, tendo em vista que os europeus foram agentes diretos nos âmbitos de dominação colonial, econômica e política.

Entretanto, ainda que os europeus praticassem a imposição de suas

matrizes culturais, devido à mestiçagem constatada entre os povos presentes em solo brasileiro houve a formação de uma pluriculturalidade, caracterizada pelo advento de brasileiros com modos individualizados entre si. Ladeando a presença de indivíduos que caracterizaram a mestiçagem constatada no Brasil, a exemplo dos próprios indígenas, observe-se que a escravidão continuara presente.

Se inicialmente era caracterizada por englobar apenas indivíduos de origem indígena, esta atividade escravista passaria, em meados do século XVII, a ter em seu âmago a presença cada vez maior de escravos negros traficados, matriz étnica que obteve notável singularidade.

Embora tenha sido constatada a sonegação dessa conjuntura cultural composta inicialmente por indígenas, e que teve continuidade e abrangência a partir das práticas culturais trazidas por indivíduos de origem africana, compete observar que estes traços, considerados inferiores pelos colonizadores, demonstraram sua força, sobrevivendo a todos os limites e barreiras duramente impostos por meio de leis cuja validade encontrou, no âmbito constitucional, concretude material, estabelecendo e normatizando as bases das relações sociais contemporâneas.

2.1 A formação da identidade racial: ASPECTOS socioculturais

Para entender a formação da identidade de um indivíduo, é necessário, primeiramente, compreender a conjuntura social em que ele está inserido. A partir disso, estipular-se-ão as formas de interação social, que originarão comportamentos específicos dentro de determinados grupos sociais.

Com isto, considerar-se-á para tal abordagem a específica construção da identificação do indivíduo originalmente africano, afrodescendente ou afro-brasileiro que, dentro de suas nuances definidoras, almeja a estruturação e manutenção de atitudes próprias.

É evidente que, em se tratando de indivíduos com descendência africana, estar-se-á frente a uma matriz cultural originalmente segregada. Entretanto, é necessário pontuar que, em nome da força dos traços socioculturais advindos de africanos observa-se que os grupos menos favorecidos economicamente, politicamente e socialmente, lutam por políticas públicas de afirmação para que possam ser reconhecidos e valorizados por sua

identidade e dignos de obter os mesmos direitos sociais.

Assim, a identidade do negro afro-brasileiro começa a ter sua manutenção delineada em nosso contexto a partir do momento em que há uma perspectiva de livre expressão dos valores herdados pelos africanos de seus antepassados, assegurada juridicamente a todos os indivíduos do cenário brasileiro.

Por sua vez, a livre expressão da negritude afro-brasileira ocorre com a reafirmação desse ser humano, que se dá com a difusão de educação, cultura e valores voltados à configuração de sua identidade étnico-racial. E são os supracitados fatores que figuram como elementos fundantes da estruturação de uma identidade racial que rompa com o ideal opressor herdado das práticas europeias, reafirmando a significação das práticas de africanos ao cenário brasileiro.

Nesse sentido, é salutar a realização de uma análise acerca das Constituições Brasileiras e seus aspectos legitimadores do reconhecimento da multiplicidade de práticas étnico-raciais.

3 As constituições na história do Brasil: idiossincrasias, princípios e garantias

reliminarmente, apontar-se-ão os aspectos concernentes às Constituições de cada época da história, desde que o Brasil teve suas raízes quando da colonização, como previamente abordado, até a Constituição Federal de 1988, ainda vigente. Nesse sentido, dever-se-á observar que os princípios constitucionais dispostos na Carta Magna de 1988 se correlacionam com os direitos e garantias, citados logo em seguida, ainda no texto do supracitado ordenamento. Para tanto, note-se primeiramente que:

> Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político. (CANOTILHO, 1993).

Diante da devida conceituação, que engloba o aspecto da garantia de direitos e princípios fundamentais como aspecto intrínseco e primordial de uma Constituição, proceder-se-á de forma a rebuscar a existência de aspectos constitucionais que, historicamente, possam ter assegurado às pessoas, de fato, a dignidade inerente a cada uma delas. E, acerca do vocábulo

“dignidade”, deve-se compreender sua acepção, conceituada da seguinte forma:

> Cargo e antigo tratamento honorífico; Função; honraria, título ou cargo que confere ao indivíduo uma posição graduada; Autoridade moral. Honestidade, honra, respeitabilidade, autoridade. Decência, decoro. Respeito a si mesmo. (Aurélio).

3.1 A constituição de 1824 e a exclusão de “minorias”

A Constituição Política do Império do “Brazil”, outorgada em 25 de março de 1824, é dotada de certa controvérsia no que tange à afirmação de cidadania e igualdade, conforme disposto no art. 1º, título I, que verbeteia,

> Art. 1. O Império do Brazil é a associação Politica de todos os Cidadãos Brasileiros. Eles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outro laço algum de união, ou federação, que se oponha á sua Independência.

Diante do exposto, observa-se que, apesar de “garantir” uma relativa igualdade, a mesma é restrita, uma vez que a cidadania e, por conseguinte, os direitos fundamentais, não eram de titulação geral, conforme Villa (2011, p.10) assevera, “O conceito de cidadão, em vez de ser geral, como representante do povo com direitos democráticos, serviu para restringir”.

Assim, considerando o supracitado conceito atribuído a dignidade, é fundamental observar que a Constituição outorgada em 1824 violara a respeitabilidade ao ser humano, uma vez que restringia o gozo de certos direitos previstos no ordenamento, sobretudo se observarmos que a escravidão fora um aspecto marcadamente colonial e que, portanto, os indivíduos advindos do tráfico transatlântico, ainda que tivessem participado ativamente do processo de mestiçagem inerente à formação do Brasil, não seriam dotados de direitos que os dignificassem enquanto seres humanos. A escravidão era um fato naquela época e havia no código penal de 1830 todo um tratamento diferenciado para as pessoas submetidas a essa condição degradante quando cometiam algum tipo de crime.

O escravo podia ser condenado tendo como sentença a pena capital ou galés, porém caso não fosse tão grave o crime ele seria submetido a pena de açoites cuja quantidade era determinada na sentença e não poderia superar o número de cinquenta açoites por dia e depois seria entregue ao seu senhor com o propósito de colocar nele um ferro de acordo com a ordem do juiz pelo tempo determinado. Através da Lei 3.310 de 15 de outubro de 1886 tais penas

foram revogadas durante o reinado de D. Pedro II.

Nesse aspecto, no que diz respeito à inclusão das minorias raciais, como dito anteriormente, marginalizadas, evidencia-se um âmbito praticamente nulo: há de se considerar a possibilidade da alforria, ainda que em colocação escassa e sem menor garantia de inclusão pós liberdade.

Assim sendo, coadunando aos aspectos mais simplórios da responsabilidade do Estado na preservação da ordem social, e na curadoria da população, a não inclusão era fator mor no período ao qual a Constituição apresentada se refere. Não havia qualquer interesse, ou preocupação, com os aspectos de igualdade, ou até mesmo de garantia de cidadania, aos não europeus, descendentes de europeus (brasileiros, frutos da mestiçagem ou não), sendo somente estes os cidadãos a quem a lei formal se refere.

3.2 O advento de uma nova Constituição e a controversa ampliação de princípios e garantias

Como alcunha das liberdades individuais, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, veio a garantir maior autonomia e abrangência da cidadania ao povo brasileiro, a começar pelo fato de não ter sido outorgada, como fora a Constituição de 1824. Nesse aspecto, pode-se dizer que a Constituição de 1891 representou um ordenamento jurídico legítimo para a então insurgente República.

A supracitada Constituição rompe com o ideal estritamente pautado na religiosidade que se podia observar em certos termos da Constituição de 1824, como o fato de fazer referência à “Santíssima Trindade”. Nesse sentido, presume-se a admissão de práticas religiosas discrepantes das admitidas pelos colonizadores, o que dá vazão à concepção de que, naquele cenário, as manifestações cultuais e religiosas de caráter não cristão seriam admitidas.

Conforme anteriormente citado, note-se o aspecto disposto no respectivo ordenamento, em seu art. 72, § 3:

> § 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

Embora fosse constatada a admissão de tais práticas, observa-se que sua regulamentação foi delegada à competência de leis ordinárias,

chamadas, neste artigo, de “disposições do direito comum”.

Muito embora o “princípio da laicidade” tenha sido estabelecido, as leis às quais competiam sua aplicabilidade não agiam efetivamente no que concerne à inclusão social das práticas religiosas advindas dos africanos e afro-brasileiros, estando elas, nesse cenário, ainda marginalizadas em face à maioria cristã da população, que legitimou apenas outras religiões de origem europeia, segregando práticas afrodescendentes.

Desse modo, embora a Constituição de 1891 tenha inaugurado princípios que garantissem inclusão social de africanos e afro-brasileiros, o sistema jurídico fora omisso, na medida em que a admissão de práticas religiosas discrepantes em relação às práticas de herança europeia não contribuiu, efetivamente, para a inclusão das minorias étnicas, tampouco para o combate à discriminação racial.

3.3 A evolução constitucional e a insurgência do princípio da igualdade formal

Considerando o fato de que as Constituições até aqui analisadas, bem como os ordenamentos que, especificamente nesta parte do presente artigo serão abordados, estabelecem os direitos dos indivíduos sob uma perspectiva geral, proceder-se-á com breves considerações de caráter expositivo dos princípios, na forma de direitos individuais garantidos às pessoas, contidos nos seguintes postulados jurídicos: a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, e a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946.

No que diz respeito à Constituição de 1937, o que se pode observar, com relação à garantia de direitos aos indivíduos, em consonância com o aspecto da respeitabilidade e dignificação dos mesmos, conforme disposto no §1 do art.122 é que “todos são iguais perante a lei”.

Nesse sentido, e não havendo muito que considerar a este respeito, convém frisar que a Constituição seguinte, cuja promulgação ocorrera em 1946, também dispõe que “todos são iguais perante a lei”.

Entretanto, embora o supracitado aspecto, que caracteriza a igualdade formal dos indivíduos, seja semelhante ao constante no anterior (1937), há maior preocupação com a questão da integração racial e do preconceito, postulando a intolerância ao preconceito de raça, como disposto

no § 5º do art. 141, asseverando que

> § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Desse modo, podem-se indagar os motivos da adoção de tal perspectiva somente em 1946, visto que a escravidão fora abolida em 1888 e, desde então, o Estado brasileiro passou por duas Constituições (1891 e 1937) que se omitiram quanto à existência do preconceito de raça e da responsabilidade no combate a esta tendência.

A resposta se encontra no próprio contexto da promulgação da Constituição de 1946. Com o fim do Estado Novo que tinha, na figura de Vargas, apoio das massas populares, a República fundava-se em controvérsia aos interesses das ditas massas, que contavam, em grande parte, com indivíduos de origem africana. O Estado necessitava encontrar forma cabal de conseguir apoio destes, a fim de legitimar-se. Viu-se, pois, a defesa dos interesses de direitos destas minorias, representadas, sobretudo, por políticos afrodescendentes, como forma de garantir o piso efetivador do Estado.

3.4 A constituição como instrumento abstrato de combate ao racismo

Inicialmente, sobrepõe-se a incumbência da explicitação do contexto em que surgiria uma nova Constituição. Em meados de 1964, ocorrera o advento de uma nova ordem legal, “marcada pelo arbítrio e violência” (VILLA, 2011, p. 62).

O período militar fora marcado, sobretudo, por uma extrema restrição de direitos às pessoas, como os de se locomover e se expressar livremente, em qualquer que fosse o âmbito das tentativas de expressão por parte dos indivíduos. Nesse contexto, observa-se que a negação dos direitos básicos às pessoas, que figurariam como parte da dignidade humana, foram extintos por que:

> A suspensão dos direitos políticos dava ao governo o poder de aplicação, quando necessário, das seguintes medidas de

segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado. (VILLA, 2011)

Observa-se, pois, que os interesses governamentais coadunavam às leis com objetivo de legitimação das práticas de controle social. No que diz respeito à cultura, houve um retrocesso ao “politicamente correto” ou “moralmente aceito”, cuja mão conservadora considerava crime de vadiagem qualquer prática ligada ao ideal alternativo, como por exemplo, a capoeira, o tambor e a reunião de grupos expressivos em ambientes abertos, englobando a violação da liberdade de culto de práticas como a umbanda, candomblé e macumba, as quais necessitam destes espaços para a realização de danças e afins.

Neste contexto, é evidente a ocorrência de uma brusca interrupção no processo de identificação racial inerente aos africanos e afro-brasileiros. As práticas oriundas de matrizes étnicas africanas compõem, notavelmente, o rol de atividades exercidas pelos indivíduos provenientes do supracitado continente, e a negação desses costumes só viria a dificultar a reafirmação de identidades africanas, estimulando a segregação dessa peculiar cultura e, em consonância com isto, estabelecendo alicerces para manifestações preconceituosas contra os valores afrodescendentes.

A ditadura utilizou da lei Constitucional em parâmetros muito maiores aos dicotômicos de Esquerda e Direita. O cidadão não ligado a qualquer ideal, seja militar, ou comunista, viu-se privado de seus direitos individuais que não atendiam à vontade do Estado, sobretudo os negros, cuja imagem fora fortemente associada à criminalidade, à vadiagem e ao vandalismo, sendo, portanto, privados de frequentar certos ambientes. Criou-se uma espécie de estereótipo criminal, o qual, em sua maioria, englobava as minorias sociais.

No entanto, salvo as peculiaridades citadas, a Constituição de 1967 ressalta a importância do combate ao preconceito em sua redação. Sobretudo ao trazer a possibilidade de punição desta prática logo no inicio da disposição dos Direitos Individuais (Capítulo IV). No art. 150, § 1º, o seguinte é disposto:

> § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

Frente ao exposto, há uma pressuposta evidenciação de amplitude de dignificação a todos os indivíduos de uma conjuntura social, tendo em vista

que a lei é utilizada, ainda que sob seu aspecto coercitivo, como um elemento dotado de caráter ambíguo.

Tal ambiguidade remete ao fato de que, em simultâneo, o ordenamento “efetiva” a prática do racismo como fator presente na ordem social e jurídica, caracterizada pela institucionalização das relações interpessoais, de modo a, supostamente, reconhecer que os indivíduos oriundos do continente africano sofrem preconceito de raça, por terem sido, historicamente, “estigmatizados como selvagens, sendo submetidos a duras situações ao longo do tempo” (MONTELES, 2013).

Não obstante, constata-se que, embora tenha havido uma evolução no que concerne à disposição constitucional referente à criminalização de práticas de cunho racista, a regulamentação destas fora delegada a leis ordinárias, provenientes de outros níveis do ordenamento jurídico vigente. Entretanto, tais princípios relegados à posição de coadjuvantes, nos objetivos dos governos vigentes.

Logo, infere-se que, até então, o combate ao preconceito com garantia de punição legal estava em plano metafísico, equivalendo a uma promessa que poderia vir a ser cumprida.

3.5 Os princípios constitucionais e a gradual dignificação da pessoa humana

Com o processo de redemocratização, suscitado a partir do fim da ditadura militar caracterizada, como anteriormente citado, por uma restrição nos direitos de quase totalidade dos indivíduos, exceto de autoridades que detinham supremacia no que tange ao poder político, fora necessário o estabelecimento de um novo ordenamento jurídico, voltado ao respeito às liberdades individuais. Por meio de constituinte, promulgou-se a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, cujo fundamento alicerçava-se no princípio da dignidade humana que, em consonância com outros aspectos inseridos na referida Carta Magna, cumpririam com o ideal desejado.

Desse modo, a Constituição de 1988, ao contrário do que ocorrera em outros processos ou outorgas constituintes, priorizou, sobretudo, o advento de princípios que regulassem, de fato, ainda que por meio da lei enquanto instrumento coercitivo, as relações sociais.

Nesse contexto, como forma de reiterar o supracitado, assevera-se

que

> A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos. (MENDES & BRANCO, 2014)

Assim, a título de graças complementares, a nova Constituição transferiu do Capítulo 4 da Constituição de 1967 ao Capítulo 1 de suas disposições, os “Princípios Fundamentais”, sendo isto prova cabal de que o objetivo da nação é o cumprimento do disposto, não sendo este mera parte ilustrativa de seu texto. A força dos artigos é demonstrar a supremacia de princípios reguladores do Estado Democrático de Direito, conforme disposto no art.1º da Constituição Federal de 1988, a saber:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania;
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político. (grifo nosso)

A partir da constitucionalização dos supracitados princípios, pode-se com clareza demonstrar a preocupação em garantir direitos aos indivíduos, antes da cobrança do cumprimento de deveres, ambos os aspectos tornando-o digno do *status* de ser humano. Nesse sentido, observa-se um Estado colaborador, em contraposição a uma instituição impositiva. Diante desse aspecto, Branco (2014, p.167) reitera que:

> Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Especificamente no que tange à respeitabilidade do indivíduo e das práticas advindos do continente africano, a Constituição Federal de 1988 reitera a criminalização do racismo, adicionando ao ordenamento a injúria racial

como delito passível de punição prevista em lei. Desse modo, o art. 5º da Carta Magna, que dispõe acerca dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, inclui o crime de racismo em inciso próprio, não mais como coadjuvante, e sim como protagonista de um posicionamento intolerável, asseverando, em seu inciso XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

No campo das Leis Ordinárias, com destaque ao papel dos movimentos sociais, esses princípios saem do âmbito de meras promessas e passam a obter maior concretude material. Especificamente neste contexto, observe-se a “Declaração sobre Raça e Preconceitos Raciais[98]”, ordenamento de abrangência mundial que, entre outros aspectos, estabelece que: “Todos os povos do mundo estão dotados das mesmas faculdades que lhes permitem alcançar a plenitude do desenvolvimento intelectual, técnico, social, econômico, cultural e político”.

Contudo, é importante frisar que, embora existam todos estes aspectos na busca pelo reconhecimento da raça negra enquanto elemento sobressalente do processo de miscigenação há muito tempo observado, sobretudo, neste contexto, no que tange ao Brasil, ainda há muito a ser feito, tanto por parte do Estado, quanto dos movimentos sociais e dos indivíduos como um todo, unidos em prol do reconhecimento dos prejuízos étnico-sociais causados pela segregação.

Neste contexto, o direcionamento de políticas públicas que tenham a educação como matriz principiológica é importante no sentido de subsidiar as instituições educacionais à promoção de um processo que leve ao reconhecimento da igualdade entre os indivíduos, abordando elementos como a cultura e a identidade da pessoa negra, no sentido de promover intervenções que favoreçam a efetiva inclusão social.

Embora figure como instrumento coercitivo de inclusão do reconhecimento da negritude em âmbito educacional, a Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003, pode vir a representar um instrumento que estimule uma medida educacional pautada no respeito às diferenças, incitando o reconhecimento à pluralidade étnica dos africanos, na medida em que torna obrigatório o ensino da História da África e dos africanos na formação cultural brasileira, valorizando a luta desses indivíduos, bem como suas contribuições na formação cultural de nosso país.

---

[98] Aprovada e proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, em 27 de novembro de 1978.

5 Considerações quanto as prestações positivas do Estado e a sua capacidade de criar e destruir vilões

Um Estado que não assegura direitos básicos para os seus cidadãos não pode ser considerado democrático. A situação brasileira é caracterizada pelo estado de país emergente e em desenvolvimento a muitos anos, e, sobretudo, incapaz de propiciar acesso igual a cargos, bens, serviços, oportunidades a todos os brasileiros colocando nas mãos de uma minoria numérica branca, com vasto poder aquisitivo, altos níveis educacionais a direção de um país composto em sua maioria dos mais diferentes tipos de segmentos étnicos e, principalmente em relação a população de pele escura (não sendo necessariamente os negros, pois no Brasil a miscigenação criou uma verdadeira palheta de cores e variações belíssimas em nosso povo), que possui historicamente maior dificuldade para alcançar cargos mais elevados.

Robert Alexy apresenta em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais a ideia de que, se não existe nenhuma razão suficientemente aceitável que permita o tratamento igual entre pessoas, é obrigatório que tal tratamento seja efetivado de forma desigual entre elas frente ao Estado. Desde que ambos os indivíduos estejam em posições idênticas, ou seja, com a devida paridade de armas o tratamento será igual. Tal ideia veio para iluminar a questão jurídica relacionada à igualdade material e formal, pois é óbvia a hipossuficiência dos grupos étnicos, principalmente nas regiões mais pobres do Brasil, observando também a população carcerária que é em sua grande maioria composta de negros, pobres e analfabetos.

O *status positivus* descrito por Alexy de acordo com a doutrina de Jellineck mostra que o indivíduo adquire o seu caráter cívico quando o Estado oferece meios jurídicos para a efetivação das suas pretensões contra o próprio Estado visando assegurar a sua proteção através de mecanismos que lhe ofereçam segurança para viver sobre a tutela do governo da sua nação.

Em As Origens do Totalitarismo, Hannah Arendt chama a atenção para a denominada política do terror sob a qual as ditaduras modernas travestidas de Estados democráticos de direito promovem o terror para controlar as massas mediante a apresentação de um inimigo fabricado pela própria incapacidade gestacional do Estado, sendo que se na Alemanha foram os judeus, no Brasil, até hoje, ainda são os negros.

Traçando um paralelo com o pensamento arendtiano e a ideia

concebida pelo professor Nilo Batista em Punidos e Mal pagos, não importa se os índices das mortes criminais não ultrapassam a casa dos 5% de acordo com os dados apresentados por Batista ou a somatória dos roubos não se equipara ao valor que é sonegado todos os anos ou aos desvios de dinheiro público que preenchem os jornais brasileiros, mas sim a capacidade que a mídia de tem de colocar alguns casos sob a mira de um telescópio caracterizado pela conveniência política do momento tornando os sintomas de um Estado corrupto a causa dos males provocando na população o terror, que, de acordo com Hannah Arendt, é produzido a fim de manter a população sob controle e dar a ideia de que sem a capacidade de exercício da violência estatal ninguém pode sobreviver criando uma guerra ao terror entre os próprios nacionais prejudicando o desenvolvimento humano, pois cada pessoa morta nesses conflitos é menos uma possibilidade de mudança no mundo e o próprio Estado reconhece que essas pessoas colocadas como monstros na sociedade também são vítimas.

Celso Lafer no prefácio da obra “Sobre a Violência” de Arendt cita que para a filósofa:

> …, a violência e a sua glorificação se explicam pela severa frustração da faculdade de agir no mundo contemporâneo, que tem suas raízes na burocratização da vida pública, na vulnerabilidade dos grandes sistemas e na monopolização do poder, que seca as autênticas fontes criativas.” (ARENDT, pág. 12, 2014)

Depreende-se, dessa forma, acerca do supradito, que é mais fácil tornar a violência presente nas comunidades carentes um objeto de controle social do que investir na pessoa, na proporção em que tal medida oferece maior lucratividade, a um curto prazo. Segundo a filósofa há um consenso entre partidários da esquerda e da direita no que concerne a violência como manifestação do poder do Estado, mas para ela a adoção de meios agressivos contra os seus próprios cidadãos é um dos sintomas de um governo falido, pois isso já caracteriza que houve a perda do respeito e temor, tendo que se fazer valer do medo.

Marilena Chauí aponta o conceito de autoritarismo social para trabalhar a ideia de que a concepção de democracia na qual vivemos não passa de uma roupagem para uma situação na qual na prática não existe igualdade de direitos, fazendo prevalecer o preconceito racial, machismo, discriminação religiosa e desigualdades econômicas e sociais. A professora coloca que o autoritarismo polariza a sociedade brasileira entre os interesses

das elites dominantes e as classes carentes, tornando a segunda refém da primeira e incapaz diante de tanta injustiça.

> As leis, porque exprimem ou os privilégios dos poderosos ou a vontade pessoal dos governantes, não são vistas como expressão de direitos nem de vontades e decisões públicas coletivas. O poder judiciário aparece como misterioso, envolto num saber incompreensível e numa autoridade quase mística. Por isso mesmo, aceita-se que a legalidade seja, por um lado, incompreensível, e, por outro, ineficiente (a impunidade não reina livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja a da transgressão (o famoso ”jeitinho”). “. (CHAUÍ, pág. 436, 2002)

Tal concepção converge diretamente com a reflexão realizada pelo historiador Eric Hobsbawn, que pondera: “Como haveremos de viver neste mundo perigoso, desequilibrado e explosivo, em meio a grandes deslizamentos das placas tectônicas nacionais e internacionais, sociais e políticas?”. Ora, disparidade dos parâmetros entre as leis e a sociedade, e sua consequente aplicabilidade, por certo conduzem todas as pessoas a uma situação grave, na mesma proporção em que os preconceitos são maquiados, quando não claramente expostos com efeitos explosivos podendo, a qualquer momento, incidir e abalar todos os segmentos sociais, sobretudo por meio da profusão de perspectivas fundamentalistas, fruto do radicalismo e da insanidade de líderes mestres na aplicação do terror que, uma vez instaurado, adquire proporções “universalizantes” dentro de determinada conjuntura sociopolítica, uma vez que todos e todas são alvos em potencial.

6 Da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Forma de Discriminação Racial

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação foi adotada pela Resolução n. 2.106 (XX) da Assembleia Geral da ONU e disposta a ser assinada em 7 de março de 1966 (RAMOS; 2014), com o propósito de desenvolver de forma encorajadora a devida proteção aos direitos humanos respeitando as peculiaridades de cada segmento social, rechaçando todos os tipos de discriminação que impeçam o exercício da igualdade de direitos objetivando a manutenção da segurança oferecendo um lugar propício para o desenvolvimento individual de cada cidadão sem a insegurança que a intolerância provoca.

Assinada pelo Brasil em 7 de março de 1966, entrando em vigor em

4 de janeiro de 1969 foi promulgada pelo Decreto n. 65.810/69 corresponde a um dos tratados de direitos humanos mais antigos do país claramente relacionado com as disposições de impedimento da discriminação de caráter racial dentro das relações trabalhistas por conta da Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho também ratificada e incorporada pelo Brasil.

Toda forma de segregação ou restrição com a finalidade de impedir qualquer pessoa de ter acesso ao exercício de seus direitos humanos e liberdades fundamentais que possibilitem uma vida digna para si, sua família e comunidade por conta de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica caracteriza-se como discriminação racial. Através de relatórios periódicos, transmissão de informações entre estados membros e peticionamento individual é possível o monitoramento das atividades ligadas a Convenção realizadas pelos estados que a ratificaram como é o caso do Brasil.

O Brasil, ao ratificar o tratado, se comprometeu a adotar políticas de ações afirmativas que possibilitassem as minorias étnicas acesso a direitos fundamentais através da função positiva que lhe é concernente patrocinando bolsas em universidades, projetos de cunho cultural, formas de distribuição de renda buscando minorar as diferenças. Por outro lado, também é dever do Estado não propagar, apoiar, fundamentar, defender, financiar conceitos discriminatórios e muito menos executar atos referentes a tal abominação contra grupos de pessoas ou instituições, sendo que, muito pelo contrário, tais atos devem ser combatidos e punidos pelo poder público.

De acordo com o Art. VII da Convenção todos os estados se comprometem a desenvolver todas as formas aptas a lutar contra o preconceito e discriminação através de mecanismos, principalmente da cultura e educação, promovendo a “tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos” fazendo valer o disposto nos demais tratados de direitos humanos relacionados ao tema de forma solidária e efetiva. O Art. V referencia os direitos que principalmente devem ser assegurados, *in verbis*: ser tratado de forma igual perante os tribunais; ter sua integridade física protegida contra arbitrariedades estatais; direitos políticos, sobretudo o de votar e ser votado; direitos civis relacionados ao de ir e vir dentro e fora do território nacional, nacionalidade, casar com quem lhe aprouver, a propriedade, de herdar, de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, reunião e associação pacífica, econômicos, sociais, culturais, trabalho digno, sindicalizar-se, habitação, saúde pública e de qualidade, previdência social, educação e formação profissional,

acesso a bens e serviços e a atividades culturais.

7 Do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNPIR)

Vinculado à Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, corresponde a um órgão colegiado com função consultiva. O Conselho foi criado através da Lei n. 10.678/2003 tendo sido regulamentado pelo Decreto n. 4.885/2003. O Ministro de Estado Chefe da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial designa os 44 membros que comporão o Conselho sendo que 22 são oriundos do Poder Público Federal, 19 são escolhidos de entidades civis de caráter nacional e, por último, 3 são pessoas proeminentes e reconhecidas influentes na seara da defesa dos direitos raciais.

Os supracitados órgãos têm por objetivos principais, a partir da sua vinculação, promover e estabelecer, estando cientes dos devidos estudos de cada realidade dentro do território nacional, políticas e estratégias de desenvolvimento da igualdade racial, focando em ações direcionadas a população negra e produzir formas de superação das desigualdades sociais, econômicas, acadêmicas e todas as outras que afligem o Brasil.

Sua competência consiste em participar da proposição e criação de critérios e parâmetros para a produção de objetivos que visem garantir a igualdade racial em todos os seguimentos da sociedade; criar possibilidades de acompanhamento das questões relativas às políticas públicas desenvolvidas com foco nos segmentos étnicos brasileiros e, caso não seja feito, exigir que entre em pauta dentro dos programas do Estado a questão racial e manter viva na memória as peculiaridades culturais das populações de origem africana, bem como das demais comunidades que formam a população tupiniquim, tais como os árabes e europeus, para que sua identidade cultural e sua matriz étnica não sejam dirimidas, dada por conta da sua grande importância para a formação histórico-cultural, bem como para a miscigenação, frente ao Estado Democrático de Direito.

Conclusão

Conclui-se com este artigo a importância do reconhecimento das práticas do preconceito racial como fatores de necessária supressão da discriminação, sob a égide da integração entre todos os povos que, cada vez

mais, deve ser legitimada e efetivada. Não somente como mera analogia ou promessa constituinte seguindo às condições internacionais relacionadas à moral e a ética do combate ao racismo.

No entanto, não há como estagnar a lei às condições aqui apresentadas. Ainda há muito que lutar e conquistar em prol da igualdade e do respeito à dignidade. O foco na não marginalização e no respeito devem ser os objetivos do legislativo nas gerações que seguem, a fim de sanar as consequências decorrentes da omissão, ou da ignorância às necessidades das minorias como um todo, reprimidas, sobretudo, por ideologias majoritárias nem sempre legais, ou omissas às prerrogativas da lei.

É importante notar que a consciência individual é o principal fator a ser conquistado, uma vez que a lei não tem o condão de metamorfosear a educação ética do individuo, e sim o fator coercivo que o obrigue a um determinado comportamento, e que, ainda que punitivo, repisa-se, não tem o poder de mudar o senso moral do mesmo.

Uma das alternativas que pensamos ser importante evidenciar é o desenvolvimento de uma educação antirracista, que encontra fundamento legal na lei 10.639/03, dispondo acerca da obrigatoriedade do ensino de história da África em instituições brasileiras públicas e privadas e da contribuição dos afrodescendentes para a cultura Ocidental.

Consideramos, pois, que a base educacional é de grande importância à formação do caráter do sujeito em sociedade e que, não bastando apenas o instrumento coercitivo da lei como forma de garantir a redução do preconceito racial, o instrumento educacional deve figurar como amplo estruturador da conscientização de que absolutamente todos os indivíduos são dignos e iguais em direitos e obrigações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização

Brasileira, 2014.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia política**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Código Criminal (1830). **Código Criminal do Império do Brazil.** Rio de Janeiro, 1830.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte.

_______. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1937.

_______. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Mesa da Assembleia Constituinte, 1946.

_______. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1967.

_______. Emenda Constitucional Nº 1 (1969). **Emenda Constitucional 1.** Brasília: 1969.

_______. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil.** Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil, 1824.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**.. 12ª ed. São Paulo: Ática, 2002.

FEDERAL, Senado. **Direitos humanos: atos internacionais e normas correlatas.** 4ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa.** 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. 8ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JÚNIOR, Nerione Nunes Cardoso. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública.** 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de edições Técnicas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTELES, Gabriel Araújo. **As Representações da África Subsaariana na Cultura Ocidental e a Lei 10.639/02.** Artigo. Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2013.

ONU. Declaração sobre a Raça (1978). **Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais.** Disponível em: < http:// www.direitoshumanos.usp.br/index.php/UNESCO-Organizacao-das-nacoes-Unidas-para-a-Educacao-a-ciencia-e-a-cultura/declaracao-sobre-a-raca-e-os-preconceitos-raciais.html. > Acesso em: 9.out. 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro:** a formação e o sentido do Brasil. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de filosofia do direito: o jurídico e o político da antiguidade a nossos dias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras:** 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011.

Maurício Sullivan Balhe Guedes,

1. Tema e Problema

Em 17 de dezembro de 2012, o Supremo Tribunal Federal – STF brasileiro decidiu, por maioria simples, nos autos da Ação Penal 470[99], que parlamentares devem perder o mandato eletivo após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, e que o papel das casas que compõem o Congresso Nacional, era vinculado e meramente deliberativo. Ou seja, uma formalidade constitucionalmente determinada.

Porém, com posterior mudança na composição da Corte, tal entendimento foi superado em 08 de agosto de 2013, nos autos da Ação Penal 565[100]. Decidiu-se pela aplicação do artigo 55, inciso VI e parágrafo 2º, da Constituição Federal, segundo o qual a deliberação acerca da perda ou não do mandato parlamentar compete à Casa Legislativa.

Nesse contexto, a tragédia estava pronta para acontecer: após condenado – com trânsito em julgado – à pena privativa de liberdade com regime inicial fechado, nos autos da Ação Penal 396, o então Deputado Federal Natan Donadon seria politicamente julgado pela Câmara. Para a cassação do mandato, eram necessários 257 votos (maioria absoluta).

O resultado estarreceu a sociedade: 233 Deputados votaram pela perda do mandato, enquanto 133 defenderam a manutenção. A votação secreta (a última da história democrática do país) contou com 41 abstinências e 108 não comparecimentos, e teve por conclusão a manutenção da atividade parlamentar de Natan Donadon, apesar da impossibilidade fática.

Ante tais acontecimentos, o Deputado Federal Carlos Sampaio ajuizou no STF o Mandado de Segurança 32.326, onde foi suscitado que o processo de votação não era legítimo, e que por isso deveria ter os efeitos suspensos. Sob relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, foi liminarmente decidido que – no caso concreto – estaria afastada a decisão da Casa Legislativa, por conta do regime inicial de cumprimento da pena.

---

[99] O chamado “caso mensalão”.
[100] Caso Ivo Cassol”

Após o desgaste público e o desconforto judicial, em 12 de fevereiro de 2014 a Casa Legislativa cassou o mandato do parlamentar, o que resultou na perda de objeto do mandado de segurança.

Com a problemática posta, o presente estudo adotou o método indutivo no qual foi possível alcançar uma regra geral a partir de um caso específico, em questão o imbróglio judicial em discussão no MS 32.326 (caso Natan Donadon), e a repercussão acerca da intervenção judicial no funcionamento da casa parlamentar, ao fim de responder se a argumentação utilizada pelo Min. Barroso é “constitucionalmente possível” de ser aplicada em concreto.

Para tanto, foi percorrido o caminho conceitual do constitucionalismo e da constituição, bem como a noção basilar de que o Supremo Tribunal Federal – STF funciona como guardião da Constituição, a saber: o que tal papel representa no universo da jurisdição constitucional? Ou seja, o que é isso “guardar” a Constituição?

Finalmente, foi possível fazer análise do caso ao fim de determinar se a intervenção jurisdicional foi legítima ou não, e estabelecer em quais termos ela poderia acontecer.

2. Constitucionalismo e Constituição[3]

O constitucionalismo, na doutrina de Canotilho, é o “movimento político, social e cultural que, sobretudo, a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político”, assim sendo, sugere, “ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político”[101] [102]. Em síntese, designa “limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*)”[103]. De modo que o constitucionalismo pode ser enfrentado enquanto movimento político-social e doutrina jurídico-filosófica, os quais não

---

[101] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7a ed. Lisboa: Almedina,
2003. p. 52.

[102] Em sentido contrário, ver por todos na doutrina brasileira: DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição*
na vida dos povos: da idade média ao século XXI. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45-148; e na
doutrina estrangeira, por todos: LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución.* 2a ed. Barcelona: Ariel, 1970. P. 154-155.

[103] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111, grifos no original.

necessariamente se excluem.

Com idiossincrasia contemporânea, é possível afirmar que possui, ao menos, três elementos constitutivos: (1) *medo de perpetuação de situação opressora* aos (2) *direitos fundamentais*, que, quando constitucionalmente protegidos, devem gerar uma (3) *vontade de constituição* (*Wille zur Verfassung*)[104]. O constitucionalismo pode ser conceituado como um movimento social que, pode ou não, gerar consequências jurídicas (criação de um documento constitucional), e que surge a partir da (1) conscientização e mobilização popular contra os arbítrios daquele(s) que detêm o poder do estado, a fim de evitar a perpetuação de uma situação extremamente danosa aos direitos fundamentais, ou de instituí-los no ordenamento jurídico do estado. (2) Possui, assim, também no seu cerne, a luta popular pela proteção e garantia dos direitos fundamentais em um texto constitucional. Que, ao alcançar o êxito, (3) deve ser protegido pelos instrumentos processuais constitucionalmente definidos, e pela própria sociedade em exercício crítico de democracia8, com participação ativa e organizada na vida política9, pois a ordem constitucional "não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana"[105].

Assim sendo, constitucionalismo e constituição possuem conceitos próximos mas que não se confundem[106]. Para Dallari, "do ponto de vista jurídico a Constituição é um conjunto de normas básicas de organização da sociedade e de comportamento social, estabelecidas pelo povo e impostas à obediência de todos"[107]. De fato, a Constituição é um conjunto de normas (regras e princípios) jurídicas que podem resultar na estruturação da sociedade e do comportamento social, porém, não necessariamente é estabelecida pelo povo ou por representantes deste, caso das constituições outorgadas, as quais são impostas pelo detentor do poder político, e ainda assim, vinculam à todos

[104] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19-20

[105] "Essa vontade de constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável. Que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana" (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19-20).

[106] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais
e a construção do novo modelo.* 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110

[107] DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI.* 2a ed.
São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45

os cidadãos quanto ao seu cumprimento[108].

Na doutrina de Jorge Miranda, a Constituição é um conjunto de normas fundamentais que dizem respeito à estrutura, organização e atividade do Estado, as quais podem ser “escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples e complexas”, que são encontradas em “qualquer época e lugar” como “expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre governantes e governados”[109]. A conceituação é problemática nos seguintes pontos: além de expressar somente preocupação em apontar a estrutura, organização e o funcionamento da máquina estatal, o autor português deixa de lado a proteção à direitos fundamentais, e a instituição de deveres do cidadão para com o Estado e a sociedade.

A Constituição contemporânea deve ser entendida como um documento de natureza formal (escrito)[110] emitido pelo detentor do poder político (normalmente o povo por meio de seus representantes devidamente constituídos) que vincula a todas as pessoas que estejam dentro de um determinado território dotado de soberania, que apresenta, em sua matéria, direitos, deveres, e garantias fundamentais, ao mesmo tempo em que estrutura e organiza o funcionamento do Estado, distribui competências de atuação e estabelece meios processuais adequados para a proteção e materialização de seus enunciados normativos. De modo que a *constituição normativa* é aquela capaz de produzir efeitos no plano fático-social, e que possui natureza *político-jurídica*.

No plano político, a Constituição estabelece metas públicas a serem perseguidas e construídas pelo Estado, o qual deve estabelecer programas de governo ao fim de satisfazer o conteúdo do dispositivo constitucional. Tratam-se de diretrizes básicas constitucionalmente definidas à serem implementadas e regulamentadas pelo poder político da máquina estatal. No plano jurídico, vincula o poder público ao cumprimento das metas estabelecidas, onde a inobservância destas pode ensejar a responsabilização do ente estatal competente para satisfazer o dispositivo constitucional, além de dispor de mecanismos de proteção aos seus enunciados (em especial a *jurisdição*

---

[108] ARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.
[109] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição.* 3a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 157.
[110] É comum a afirmativa no sentido de que o Reino Unido possui experiência constitucional de natureza consuetudinária, ou seja, uma Constituição formada e materializada pela vivência em sociedade. Entretanto, mesmo aquela cultura constitucional centenária indica estar caminhando para a composição de um texto escrito substancialmente constitucional, especialmente após o *constitucional reform act* de 2005.

constitucional)[111].

3. Supremo Tribunal Federal e Jurisdição Constitucional

Para Alexy, o Direito é um sistema normativo que apresenta normas constitucionais que não devem ser injustas, as quais por imperativo, devem ser socialmente eficazes em termos globais, com um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia garantida[112].

Quando se refere a "possibilidade de eficácia" dos enunciados normativos da Constituição ou da legislação ordinária em geral, ainda que implícitamente, Robert Alexy pressupõe a existência de um sistema protetivo (que sirva de proteção) à eficácia dos textos que se pretendem normativos. Neste sentido, deve ser introduzido o estudo da *jurisdição*.

Chiovenda afirma que a jurisdição seria a atividade do Estado que "tem por escopo a atuação da vontade da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva"[113]. Por sua vez, Carnelutti define a função jurisdicional como aquela que tem por finalidade dominante a resolução da situação litigiosa[114].

Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar das concepções de Chiovenda e Carnelutti, conclui que:

> A grande diferença entre as duas teorias residia em que, enquanto para uma a norma do caso concreto receberia da sentença o seu acabamento final e antes dessa os direitos inexistiriam (Carnelutti), para a outra o ordenamento jurídico é composto de dois planos distintos (teoria dualista, Chiovenda) e

---

[111] 16 Acerca da "identidade" da constituição normativa, afirma Garrorena Morales: "En primero lugar, en el plano de los contenidos, donde se hace evidente, de una parte, la tendencia a introducir cada vez más em los textos constitucionales enunciados de principio (justicia, dignidad, pluralismo...), lo que ha llevadoa definir al constitucionalismo de nuestros días como um constitucionalismo principialista (...). Y, em segundo lugar, en el plano de la eficacia, en el cual los textos constitucionales han pasado a adoptar medidas para hacer que la constitución sea por fin una norma directamente aplicable sin tener que diferir tal eficacia a su desarrolo por normas posteriores. De ahí que, dada la trascendencia de este avance, solamos hablar de Constitución normativa para referirnos a esta nueva forma de entender a la Constitución" (MORALES, Ángel Garrorena. *Derecho constitucional: teoría de la constitución y sistema de fuentes.* Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2011. p. 71).

[112] ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito.* Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins fontes, 2009. p. 151.

[113] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Campinas: Bookseller, 2000, vol. II, p. 08

[114] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil.* São Paulo: Classic Book, 2000, vol. I, p. 93.

os direitos e obrigações preexistem à sentença, sendo por ela revelados com vista a concreta realização prática determinada pela norma também preexistente[115].

De toda sorte, não obstante o valor científico das teorias apresentadas para o desenvolvimento do Direito Processual Civil, neste há de se reconhecer que não se aplicam aos tempos atuais, pois concebidas para um "modelo de Estado liberal, no qual a racionalidade responde por uma suposta 'perfeição' da lei e a interpretação parte não raro desta para a Constituição (…)"[116]. Com efeito, "a jurisdição, na atualidade, tem preocupação não somente com a técnica processual, mas, igualmente, com a consecução dos valores e objetivos previstos na Constituição e deve ser exercida sob as luzes dos princípios previstos em seu texto"[117].

De tal feita, Marinoni expõe que Trata-se, para se dar a última palavra, de costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais, utilizando-se especialmente o instrumento conceitual das "tutelas dos direitos", e sem evidentemente negar que a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual[118].

Por sua vez, *jurisdição constitucional* para Hans Kelsen "é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais". No que consiste em "atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas"[119].

Para Barroso, Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para a atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou parâmetro para sua validade. Neste último caso, estar-se-à diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma

---

[115] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. I. p. 130

[116] 21 DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis.* São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26.

[117] DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis.* São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-28.

[118] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo.* 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 145

[119] KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* Tradução de Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão e Sérgio Sérvulo da Cunha. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 123-124

das formas de exercício da jurisdição constitucional[120].

Para Morales,

> El objetivo primero de toda jurisdicción constitucional es, desde luego, el control de la constitucionalidad de las leys. Sin embargo, no es el único. Menos aún en nuestros días cuando la tendencia en todas partes está consistiendo en atribuir a los Tribunais Constitucionales cada vez maiores funciones. De ahí que hoy haya pasado a ser más exacto hablar de una auténtica justicia constitucional que seguir haciéndolo del stricto control de constitucionalidad de las leys (...)[121].

Morales – entendendo ser o controle de constitucionalidade o significado próprio de jurisdição constitucional – é capaz de identificar algumas das atribuições levadas ao Tribunal Constitucional por conta de constituições prolíxas[122], tais quais: (1) resolução de conflito de competências entre os entes federados; (2) proteção jurisdicional dos direitos e liberdades cidadãs (*jurisdicción de las liberdades*); (3) resolução de litígios decorrentes do processo eleitoral (*contenciosos electorales*); (4) resolução de demandas relativas a figuras de altos cargos do Estado, tais como o Presidente e os Ministros de Estado (*juicios políticos*); (5) e ainda, controle de constitucionalidade dos partidos políticos (v. Lei Fundamental de Bonn, art. 21, (2)[123] [124].

Há, ainda, quem veja na jurisdição constitucional uma função estruturante (TAVARES)[125], e quem a classifique em sentido próprio e estrito

---

[120] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 5a ed. São Paulo:
Saraiva, 2011. p. 25

[121] "O primeiro objetivo de toda jurisdição constitucional é, desde logo, o controle de constitucionalidade das leis. Sem embargo, não é o único. Menos ainda em nossos dias quando a tendência em todas as partes está consistindo em atribuir aos Tribunais Constitucionais cada vez maiores funções. Por isso que hoje se tornou mais exato falar em uma autêntica justiça constitucional que seguir fazendo o estrito controle de constitucionalidade das leis" (MORALES, Ángel Garrorena. *Derecho constitucional: teoría de la constitución y sistema de fuentes.* Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2011. p. 108, grifos no original, tradução livre).

[122] Nas palavras de Paulo Bonavides: "As Constituições prolixas, cada vez mais numerosas, são aquelas que trazem matéria por sua natureza alheia ao direito constitucional propriamente dito. Trata-se ora de minúcias de regulamentação, que melhor caberiam em leis complementares, ora de regras ou preceitos até então reputados pertencentes ao campo da legislação ordinária e não do Direito Constitucional, em cuja esfera entram apenas formalmente, por arbítrio do legislador constituinte, para auferir garantias que só a Constituição proporciona em toda amplitude" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 91).

[123] "São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou por em perigo a existência da República Federal da Alemanha. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre a questão da inconstitucionalidade".

[124] MORALES, Ángel Garrorena. *Derecho constitucional: teoría de la constitución y sistema de fuentes.* Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2011. p. 108-109.

[125] 30 "O que o juiz constitucional, lato sensu, realiza, no exercício da denominada função estruturante, é a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de

(DUTRA)[126].

Entretanto, ao que é relevante a este trabalho, o entendimento de jurisdição constitucional deve estar equiparável, obrigatoriamente, ao conceito de *law in action*, onde "o direito apresenta-se, pois, não como um somatório de regras abstractas, mas é a ordem vivida e praticada, por exemplo, das partes contratantes, das famílias, das associações, das autarquias locais e por fim do próprio Estado"[127].

Sendo assim, pode-se concluir que a jurisdição constitucional é a (1) aplicação dos comandos constitucionais ao caso concreto; (2) o exercício do controle de constitucionalidade onde o texto constitucional servirá de parâmetro para a existência (permanência) da norma infraconstitucional no ordenamento jurídico. Tendo por características: (1) a leitura do sistema jurídico por parte da Casa Constitucional a partir da Constituição (constitucionalização do direito) e seus preceitos; o que se dá (2) com ênfase ao que lhe é materialmente inerente (organização do Estado, direitos e garantias fundamentais, etc.). Extraindo a Constituição do plano das promessas e levando-a ao plano fático (eficácia social dos enunciados normativos constitucionais).

Para tanto, há necessidade de que o Órgão competente para o exercício originário da jurisdição constitucional tenha atributos (instrumentos) de eficácia das suas decisões (garantia de imparcialidade e independência quando se manifestar em seus julgados). Pois, "cuida-se mesmo de uma nova divisão de poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões tem o atributo da definitividade"[128].

Característico do neoconstitucionalismo, a expansão da jurisdição constitucional (ou de tribunais de função jurisdicional protetiva à Constituição) é modelo seguido por diversos países no pós-Segunda Guerra. Se referindo ao

---

funcionamento deste, constantes na e admitidas pela Constituição. Trata-se de calibração do sistema, eliminando (tribunais constitucionais) ou afastando (Justiça Constitucional descentralizada) os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e as omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Nesse sentido, o juiz constitucional realiza a tarefa de 'limpeza' do sistema, de 'purificar' o sistema, expurgando os elementos estranhos, os corpos normativos viciados" (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37).

[126] "No sentido próprio (amplo), abarca não só o controle de constitucionalidade, incidental ou principal, como também as garantias constitucionais e demais instrumentos processuais previstos no texto constitucional com vistas a propiciar a proteção judicial dos direitos fundamentais e de outros direitos previstos no texto constitucional; em sentido estrito, a jurisdição constitucional diz respeito somente ao controle abstrato de constitucionalidade" (DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35

[127] ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito.* Tradução de António Franco e António Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48-49

[128] MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: adi, adc e ado: comentários à lei 9.868/99.* São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21

modelo de controle abstrato dos atos normativos, afirma Barroso que: “se expandiu notavelmente após a 2a Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental”[129].

Em grande medida, a expansão da jurisdição constitucional durante a reconstrução da Europa guarda tendência ao reconhecimento da importância da força normativa do texto constitucional contra ingerências antidemocráticas e alheias aos direitos fundamentais, onde a figura da Corte Suprema guarda o estigma de mecanismo de proteção das normas constitucionais.

4. O STF entre a Ingerência Judicial e o Constitucionalmente Possível: Linhas Sobre Caso Natan Donadon

Nesse contexto de papel político-jurídico da Constituição, o juiz constitucional precisa ser capaz de fazer respeitar as regras do jogo constitucional sem esquecer do papel representativo e contramajoritário que exerce. A contradição é mera aparência: num sistema democrático, todo poder é representativo e merecer acolher a voz que emana da sociedade; porém, a deliberação jurisdicional não pode ser pautada no mero querer social, o que faz com que, por vezes, o resultado do julgamento de um caso relevante seja alheio ao interesse da maioria popular.

Com essas considerações, a judicialização da política encontra respaldo em preceitos constitucionais e a atuação do STF em casos concretos relacionados a atos internos do Congresso Nacional tem o condão de representar o dever de garantir o respeito ao ordenamento jurídico (legitimidade) e guardar as normas insculpidas na Carta Magna brasileira[130].

O caso Natan Donadon é emblemático nessa questão, pois o STF foi obrigado a se manifestar de modo a intervir no processo deliberativo do Parlamento brasileiro, e a saída encontrada pelo Ministro Barroso revela, com rara claridade, a função política e jurídica do juiz constitucional. Consta da ementa:

[129] “dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 1970 foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978), e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais nos países do leste europeu (como Polônia, República Tcheca, Hungria) e africanos (Argélia e Moçambique)” (BARROSO, Luís Roberto. O *controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66).

[130] ARAGÃO, João Carlos de. *Judicialização da política no brasil: influência sobre atos interna corporis do congresso nacional*. Brasília: Edições Câmara, 2013, p. 127.

MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENAÇÃO CRIMINAL DEFINITIVA DE PARLAMENTAR. RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO POR TEMPO SUPERIOR AO QUE RESTA DE MANDATO. HIPÓTESE DE DECLARAÇÃO DE PERDA DO MANDATO PELA MESA (CF, ART. 55, § 3º). 1. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado. 2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício. 3. Como consequência, quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória. 4. Liminar concedida para suspender a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados na Representação nº 20, de 21.08.2013.

Na doutrina de Alexy[131], tal situação é chamada de "regra de exceção", circunstância que não afasta a regra geral (competência da casa legislativa para decidir sobre a perda do mandato eletivo em hipótese de condenação criminal), porém excepciona a incidência em determinadas situações, o que fica claro na exposição do Ministro, para quem "quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória".

Conclusão

Cumpre entender que existe um papel político-representativo e outro jurídicoargumentativo. Em questões estritamente políticas, onde o preceito constitucional arguido não é afrontado, não há o que falar em ingerência judicial, deve ser preservada a escolha política do Parlamento, mesmo que esta seja socialmente reprovável (postura de autocontenção que se opõe ao ativismo de dimensão impositiva). Quando, entretanto, existir risco em potencial ou concreto de inconstitucionalidade da decisão política adotada, deve a Suprema Corte exercer o ônus democrático da contramajoritariedade política para satisfazer ao caminho constitucionalmente definido, e, assim, preservar o sistema. Trata-se do papel jurídico-argumentativo, onde a intervenção judicial

[131] Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2012

no plano político, para manutenção do ordenamento jurídico, carece, entre outros fatores, de forte argumentação constitucional, capaz de demonstrar a inexistência de caminhos alternativos. Nesse sentido, deve-se propor solução constitucionalmente possível, ou seja, juridicamente coerente aos fatos, e institucionalmente legítima (respeitado o trâmite processual adequado).

Foi o que aconteceu na decisão liminar proferida nos autos do MS 32.326: percebeu o Min. Barroso que a decisão política adotada era incompatível (mesmo que em potencial) ao fim do preceito constitucional suscitado, e ao considerar que não teria possibilidade de autocontenção, não pôde se omitir, ingerência esta que resultou de modo em alterações no sistema parlamentar de votação (exclusão do voto secreto) e cassação parlamentar do mandato eletivo de Natan Donadon com a consequente perda do objeto da ação.

Via de regra, esse tipo de manifestação judicial merece um cauteloso controle argumentativo e ampla escala reflexiva. Isto porque a ingerência indevida (em demasia ou insifuciente) resulta de modo contrário ao interesse de preservar a ordem constitucional.

Referências

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito.* Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAGÃO, João Carlos de. *Judicialização da política no brasil: influência sobre atos interna corporis do congresso nacional*. Brasília: Edições Câmara, 2013, p. 127.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. O *controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7ª ed.

Lisboa: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil.* São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Campinas: Bookseller, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI.* 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 2012.

GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. A constituição do plano político ao normativo: base teórica para a construção do neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Lisboa: Ano 3 (2014), nº 6, p. 4267-4297.

HABERLE, Peter. *Hemernêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição".* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* Tradução de Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão e Sérgio Sérvulo da Cunha. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo.* 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: adi, adc e ado: comentários à lei 9.868/99.* São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição.* 3a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORALES, Ángel Garrorena. *Derecho constitucional: teoría de la constitución y sistema de fuentes.* Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional.* São

Paulo: Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia.* Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito.* Tradução de António Franco e António Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012.